



FORTALECIMENTO DOS PODERES DO JUIZ NO DIREITO CONTEMPORÂNEO STRENGTHENING OF THE POWERS OF THE JUDGE IN CONTEMPORARY LAW

Nelson Jorge Junior¹

RESUMO: O presente ensaio busca examinar as mudanças na maneira do juiz de direito poder atuar nas ações que deverá julgar, pois não mais pode ser considerado com atuação passiva e sim, em determinadas hipóteses, poderá determinar a realização de provas necessárias para a melhor apuração e encontro da verdade e estar mais possibilitado a entregar o direito à pessoa que teve o direito violado. Considerou para esse fim a constitucionalização do processo, o exame da prova e o ônus da mesma para as partes e a autorização, com as alterações nas leis ordinárias, que permitiram fortalecer os poderes do juiz, a ponto de poder ainda alterar o ônus da prova quando a parte for vulnerável. Nesse âmbito o fortalecimento dos poderes do juiz se concretiza no direito constitucional do acesso à justiça, por permitir ao juiz obter seu convencimento e conferir a tutela a quem teve o direito violado ou ameaçado de lesão.

PALAVRAS-CHAVE: Poderes do juiz. Fortalecimento. Prova. Valoração. Princípio dispositivo. Imparcialidade. Processo civil.

ABSTRACT: This essay seeks to examine the changes in the way the judges can act on the actions that should judge, because no longer can be considered passive action and yes, under certain circumstances, may determine the realization of needing proofs to best ascertainment and find the real truth and be allowed to hand over the right to the person who had the violated right. For this purpose was considered the constitutional process, the examination of evidence and the charge of it to the parties and approval, with changes in ordinary laws, which allowed to strengthen the powers of the judge, that it could still alters the charge of proof when the party is vulnerable. In this context the strengthening of the powers of the judge is concretized in the constitutional right of access to justice by allowing the judge to get his conviction and grant the authority to whom the right was violated or threatened with injury.

KEYWORDS: Powers of judge. Strengthening. Proof. Valuation. Principle device. Impartiality. Civil procedure.

¹ Mestre e doutorando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura do Estado de São Paulo. Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau, perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.



1- CONSIDERAÇÕES GERAIS

1.1 - JURISDIÇÃO

A doutrina jurídica sustenta e afirma ser a *jurisdição* o meio pelo qual se solucionam os conflitos para o reconhecimento dos direitos subjetivos.

Convém examinar essa assertiva. O termo *jurisdição* (do latim *yus* = direito *dicere* = dizer) significa dizer o direito, no significado de buscar, de encontrar-se a concreta pacificação dos conflitos que surgem da convivência em sociedade estruturada. Essa possibilidade de dizer o direito está restrita à função destinada ao Poder Judiciário, por seus juízes, conforme se percebe no contido no artigo 1º do Código de Processo Civil.

O resultado referente à *jurisdição* advém da soberania da nação, porque como é sabido, o poder é único e foi o mesmo dividido em três partes, donde se diz a respeito da existência de três poderes³³. Preocupado com isso, a parte

cabente a *jurisdição*, oriunda daquele poder unitário foi destinada ao Poder Judiciário, o qual, como um dos poderes do Estado, cuidará do cumprimento e da aplicação do direito posto por meio dos órgãos que os compõem, os quais encontram previsão na Constituição Federal (art. 92), o que será possível de ser alcançado através do processo, onde aplicar-se-á os princípios constitucionalmente garantidos, como os previstos no art. 5º, incs. LIV e LV, os quais estão vinculados ao contido no art. 5º, inc. XXXV, todos da atual Constituição³⁴.

Assim sendo, a *jurisdição* tem por natureza não só incorporar um poder, mas

peessoa do juiz” (*in Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: Editora UNB, 3ª ed., págs. 141/142).

³⁴ Salienta Almiro do Couto e Silva que: “Há hoje reconhecimento de que a noção de Estado de Direito apresenta duas faces. Pode ser apreciada sob o aspecto material ou sob o ângulo formal. No primeiro sentido, elementos estruturantes do Estado de Direito são as ideias de justiça e de segurança jurídica. No outro, o conceito de Estado de Direito compreende vários componentes, dentre os quais têm importância especial: **a)** a existência de um sistema de direitos e garantias fundamentais; **b)** a divisão das funções do Estado, de modo que haja razoável equilíbrio e harmonia entre elas, bem como entre os órgãos que as exercitam, a fim de que o poder estatal seja limitado e contido por ‘freios e contrapesos’ (**checks and balances**); **c)** a legalidade da Administração Pública e, **d)** a proteção da boa fé ou da confiança (**Vertrauensschutz**) que os administrados têm na ação do Estado, quanto à sua correção e conformidade com as leis.

A esses dois últimos elementos ou princípios – legalidade da Administração Pública e proteção da confiança ou da boa fé dos administrados – litigam-se, respectivamente, a presunção ou aparência de legalidade que têm os atos administrativos e a necessidade de que sejam os particulares defendidos, em determinadas circunstâncias, contra a fria e mecânica aplicação da lei, com o conseqüente anulamento de providências do Poder Público que geraram benefícios e vantagens, há muito incorporados ao patrimônio dos administrados” (*Princípios da Legalidade da administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo*). Revista de Direito Público – RDP, Ed. RT, n. 84, outubro/dezembro de 1987, p. 47.

³³ A respeito, não se pode olvidar do pensamento de Emanuel Kant, mencionado pelo filósofo e jurista Norberto Bobbio, pois aquele distingue um governo despótico de um governo não despótico. E esclarece o professor italiano, sobre o pensamento do filósofo alemão, que “o estado liberal moderno afirmou-se inclusive introduzindo a técnica da separação dos poderes como remédio contra o arbítrio de quem detém a autoridade suprema do Estado, para garantir o indivíduo contra os abusos eventuais dos governantes. Kant, considerando a separação dos poderes como elemento característico do estado republicano, ou seja, do estado não despótico, aceita no seu sistema um outro princípio fundamental da tradição liberal. (...)”

E cita a respeito a obra *Metafísica dos Costumes*, onde Kant afirmou: “Cada Estado contém em si três poderes, ou seja, a unidade da vontade geral se decompõe em três pessoas (*trias política*); o poder soberano (a soberania), que reside na pessoa do legislador; o poder executivo, na pessoa que governa (em conformidade às leis); e o poder judiciário (que determina para cada um o seu, segundo a lei) na



também exercer essa atividade do Estado na consecução de seus objetivos jurídicos e buscar com a mesma a real atividade jurisdicional para ser concretizada de modo a se permitir levar a paz social, assegurando o acesso à justiça e o direito de ação, com o que se dará mediante o emprego do processo, que apontará, encontrará o resultado pretendido por um dos indivíduos interessados no âmbito de seus interesses ou direitos particulares, ou então os interesses ou direitos difusos e coletivos para a sociedade.

Portanto, pode ser a jurisdição compreendida como sendo o exercício do poder de aplicar a lei para a solução do caso concreto, ou seja, dos conflitos existentes. Dentro do estudo atual da jurisdição, a doutrina mais moderna encontra pensamento diferente do existente no passado, considerando ser a jurisdição examinada também em função dos objetivos que deve alcançar, vale dizer, considerando a prestação do serviço público e ainda o entendimento referente à simplicidade em se comunicar com o cidadão comum, com isso não se permitindo o afastamento do âmbito referente ao aspecto social, político e jurídico a ser alcançado.

É da característica da jurisdição que a atividade jurisdicional depende de provocação do titular do direito, uma vez que o juiz não pode agir de ofício, sendo necessário que a pessoa interessada venha a requerer perante o Estado, o qual representado pelo magistrado fará uso do processo como meio idôneo para se buscar direito dito ofendido por outro e dessa forma servirá como instrumento para atuação. Tal necessidade está prevista na lei, porquanto considera a atividade jurisdicional indelegável, ou

seja, segundo a Constituição Federal em vigor e as leis processuais, aos outros órgãos não são permitidos o exercício da função jurisdicional.

Advém então do aspecto da jurisdição, ser para o juiz a função jurisdicional indeclinável, como se percebe pela leitura do artigo 126 do Código de Processo Civil e deve ele atuar de tal forma, mas respeitando sempre a imparcialidade, para dessa maneira encontrar a solução adequada sem que haja provocado tendência ou desequilíbrio entre as partes e do resultado de sua decisão, caso não haja questionamento por meio de recurso, dar-se-á o efeito da coisa julgada, como previsto na Constituição Federal para a garantia da imutabilidade dela.

Tendo em conta a decisão proferida, é de se considerar o cumprimento de tal pronunciamento jurisdicional sua efetividade, para indicar a atuação do processo e o resultado concreto dele obtido.

1.2 - CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

A constitucionalização do processo deu-se inicialmente, segundo estudos de processualistas, após a Segunda Guerra Mundial, onde nos países totalitários procedeu-se à inclusão na Carta Magna dos direitos fundamentais da pessoa, ou seja, esses direitos foram incluídos na lei maior como garantias e respectivas consequências de sua violação. É o que ensina a respeito Joan Picó I Junoy³⁵, sendo

³⁵ “Trás la Segunda Guerra Mundial, se produce en Europa y especialmente en aquellos países que en la primera mitad del siglo XX tuvieron regímenes políticos totalitarios, un fenómeno de constitucionalización de los derechos fundamentales de



por isso denominada a ocorrência de constitucionalização do processo civil, passando-se então também a se estudar a matéria processual dentro da análise dos princípios que regem aquela legislação maior, pois esculpidas foram as garantias que regem o processo.

Dessa forma a atual Constituição Federal contém o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional; princípio do devido processo legal; princípio do contraditório e da ampla defesa; princípio da igualdade no tratamento das partes; princípio do juiz natural; princípio da proibição das provas ilícitas e princípio da publicidade dos atos processuais. Todos esses princípios ensejam a garantia a qualquer cidadão do acesso à jurisdição e à tutela jurisdicional, tutela essa que abrange ainda a de urgência nas hipóteses previstas na lei.

De uma forma ou de outra são garantias constitucionais do processo civil, cujos princípios devem ser respeitados na busca da jurisdição e da respectiva tutela jurisdicional.

Assim percebe-se que com a constitucionalização do processo civil, alterada foi a ideia, então tradicional, do contraditório, uma vez que anteriormente ela consistia na concessão de oportunidade para o exercício de defesa, contudo, atualmente, em virtude do princípio estar previsto na Constituição Federal, tem ele uma maior amplitude, a ponto de ser considerada então como uma informação necessária, contendo uma reação possível e o

la persona, y dentro de éstos, una tutela de las garantías mínimas que debe reunir todo proceso judicial. Se pretendía con ello evitar que el futuro legislador desconociese o violase tales derechos, protegiéndolos, en todo caso, mediante un sistema reforzado de reforma constitucional” (PICÓ I JUNO, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. 3 reimpr. Barcelona: Bosch, 2002. p. 17)

diálogo pertinente. Nota-se que tais considerações divergem da mera oportunidade e do exercício tão somente da defesa.

Por isso a constitucionalização do processo civil ensejou uma visão diferenciada a ponto de se alterar certos ensinamentos então firmados, provocando a modificação dos entendimentos anteriores.

A constitucionalização do processo civil provocou outro sentido de vista, um aspecto diferenciado, tanto que foram repensados alguns dos conceitos firmados, ocasionando a alteração da compreensão. Sobre esse tema observou José Carlos Barbosa Moreira: “Característica marcante do processo civil brasileiro em nosso tempo é a sua progressiva constitucionalização. Não me refiro só à crescente atenção dada pela doutrina e pela jurisprudência contemporânea aos vínculos entre o direito processual e a Constituição, e especialmente à necessidade de avaliar ou reavaliar à luz dela as soluções de problemas jurídicos relacionados com o processo. Aludo ao próprio ordenamento positivo.”³⁶

Ressalte-se ainda que o fato desses princípios processuais terem sido incluídos na Constituição Federal, não significa possuírem eles caráter absoluto, uma vez que, como é sabido, eles possuem caráter relativo, pois não se pode olvidar a respeito da possibilidade da ocorrência de conflito entre os princípios, e surgindo esses conflitos são eles resolvidos de forma diferente, e não como mera aplicação do conflito entre regras, de forma ainda que é de ser

³⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Emenda Constitucional n. 45 e o processo. In: *Temas de direito processual civil: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 21.



resolvido tal conflito aplicando-se o denominado princípio da proporcionalidade.

Assim, não se pode atribuir caráter absoluto ao princípio, por exemplo, do contraditório, pois dessa forma estar-se-ia acarretando a decretação da inconstitucionalidade de todas as leis que preveem eventual restrição à defesa em razão de determinada matéria a ser discutida, como, por exemplo, a ação de desapropriação, a ação possessória, na busca e apreensão referente a contrato de alienação fiduciária. Logo, nítido está que a presença dos princípios na Constituição Federal não tem o caráter absoluto e devem eles ser sempre interpretados de forma relativa³⁷.

2 - O PRINCÍPIO DISPOSITIVO³⁸ E OS PODERES DO JUIZ

³⁷ Ressalta Cândido Rangel Dinamarco que o princípio do contraditório está sendo identificado pela doutrina no binômio *informação-reação*, “com a ressalva de que, embora a primeira seja absolutamente necessária sob pena de ilegitimidade do processo e nulidade de seus atos, a segunda é somente possível. Esse é, de certo modo, um culto ao valor da *liberdade* no processo, podendo a parte optar entre atuar ou omitir-se segundo sua escolha. No processo de conhecimento, o réu que não oferece contestação considera-se *revel* e a lei, legitimamente, endereça-lhe a pesada sanção consistente em mandar que em princípio o juiz tome por verdadeiras todas as alegações verossímeis feitas pelo autor em matéria de fato (CPC, art. 319). Nem por isso, contudo, peca esse processo por falta de contraditório – dado que, com a citação regularmente feita, o demandado ficara ciente e isso significa que decorrem de sua própria omissão as consequências que ele suportará” (*Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. 1, p.217).

³⁸ Orienta José Carlos Barbosa Moreira sobre esse tema dizendo: “Costuma-se designar pelo nome (algo equívoco) de ‘princípio dispositivo’ um conjunto de diretrizes que convergem para entrega a sorte do processo, em certos aspectos, à vontade dos litigantes – embora seja duvidoso, ao nosso ver, que todos os fenômenos comumente estudados sob aquela designação se liguem na realidade ao mesmo e único postulado filosófico, político ou técnico. Na versão

Inicialmente é de ser consignado como definição da palavra princípio, como sendo “o início, o começo, o primeiro instante”, conforme se percebe do contido na enciclopédia Saraiva (1981-B, pág. 11), entretanto esse vocábulo tem terminologia técnica adequada para ser integrado pelo Direito e daí resulta que a palavra é empregada para diversos fins específicos. No caso está a ser examinado o princípio dispositivo, o qual é empregado pelo sistema processual em vigor.

O princípio dispositivo, segundo Capelletti³⁹ é aquele onde há um vínculo do juiz

hipertrofiada que dele tantas vezes se inculca, é fora de dúvida que o ‘princípio dispositivo’ precisa submeter-se a compressões para conviver com um modelo processual ‘socialmente orientado’. Nada se sacrifica, todavia, daquilo que constitui o necessário reflexo, no processo, da normal disponibilidade dos direitos subjetivos privados e da correlata autonomia dos respectivos titulares no resolver se eles devem ser ou não, em dado instante, exercitados, ou defendidos”. (*A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*. In Revista Brasileira de Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense, 1986, 49/62).

³⁹ Nas palavras do ilustre professor a respeito, alude que: “não há jurisdição sem ação (*principio della domanda*) e ao ‘princípio dispositivo’, ou melhor, àquelas máximas fundamentais que impõem ao Juiz, entre o mais, o não agir de ofício e sim apenas a pedido e nos limites do pedido de quem é titular (ou que pode agir em lugar do titular) do direito deduzido em juízo. Restringir esses princípios significaria evidentemente restringir uma das expressões mais necessárias da ‘disponibilidade dos direitos substanciais’. Realmente, um direito é tanto ‘privado’ quanto o sujeito, seu titular, dele possa plenamente dispor e possa, portanto, também plenamente dispor do poder de deduzi-lo em juízo, postulando seja jurisdicionalmente tutelado.

É precisamente à luz dos princípios dispositivos e de iniciativa da parte e, ainda, dos demais a eles jungidos – o princípio da correspondência entre o pedido e a sentença; o princípio que podemos chamar *dell'eccezione*, segundo o qual também as exceções devem ser suscitadas pelas partes e não de ofício pelo Juiz, o princípio segundo o qual não há juízo recursal sem postulação da parte sucumbente, etc. (...) (*A ideologia no Processo Civil*, tradução de Athos Gusmão Carneiro, AJURIS – Associação dos Juizes



e a iniciativa da demanda pelas partes e no estabelecimento, por estas, do objeto do processo, ou seja, o princípio dispositivo vincula as partes do processo e o juiz, sendo que este só poderá atuar na hipótese em que o autor tiver proposto a ação adequada. Sem que isso ocorra o juiz, ainda que tomando conhecimento de determinado ato ilícito, não pode vir a tomar conhecimento daquele ato do qual foi informado, isso só será possível quando da propositura da ação pela parte interessada.

Necessário é então perceber a diferenciação entre o princípio dispositivo e o princípio inquisitivo, porque alguns doutrinadores fazem essa distinção, mas é de se notar que na grande maioria dos casos aplicável se torna apenas o princípio dispositivo, sendo restrita a possibilidade do juiz aplicar o princípio inquisitivo.

O juiz quando no exercício de seu mister, aplicando o princípio dispositivo, vem a proceder a colheita da prova necessária para o processo, ao passo que para ver aplicado o princípio inquisitivo, além de ter amplos poderes para organizar a prova, também poderá determiná-la exercendo tal prática por outros meios de prova e não aquelas que são indicadas pelas partes. Daí a razão pela qual Moacir Amaral Santos⁴⁰

do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, vol. 23, novembro, 1981, p. 23).

⁴⁰ Ensina o eminente processualista: “Harmonizando os sistemas *dispositivo* e *inquisitório*, no tocante ao processo probatório, o Código, conquanto ampliasse as atribuições e faculdades do juiz, não suprimiu o ônus das partes na missão de cooperarem na elucidação da verdade, as quais influem decisivamente na demonstração dos fatos que deram causa à ação.

Às partes incumbe o ônus de afirmar os fatos, fundamento da relação jurídica invocada, bem como o de, consequência disso, dar-lhe a devida demonstração no processo, em conformidade com as

sustenta que as partes não estão livres do ônus probatório, de forma que não estão dispensadas de proceder a esse ônus aguardando, de forma passiva, a atuação do juiz para obtenção de prova.

Isso se dá porque as partes devem se submeter ao sistema legal em vigor, cumprindo as regras que a elas são inerentes para atividade de desenvolvimento do processo jurisdicional e deverão sujeitar-se às normas contidas na legislação em vigor.

Por isso deverá cada parte ao discutir um direito material e subjetivo, cumprir os atos do processo segundo a legislação e dessa forma irá contribuir para o fim do referido processo.

Dessa maneira a diferença que advém entre o princípio dispositivo e o princípio inquisitório, está justamente na dependência de se aceitar ou não como indispensável a contribuição das partes para a reconstrução dos elementos de fato e a concessão de maior ou menor poder ao juiz isso é ou não uma opção do legislador.

regras estabelecidas pela lei. Por outro lado, ao juiz, como órgão encarregado de dirimir a querela, e, pois, de, na aplicação do direito ao caso concreto, fazer vingar a justiça, missão precípua e de exclusividade sua, como poder do Estado, cabe a função de participar ativa e diretamente no processo probatório, em todo o seu desenvolvimento, desde o momento da concepção da prova.

Enquanto que as partes atuam por meio de afirmações e proposições, alegando fatos e propondo sua prova, ao juiz cumpre a tarefa de conhecê-los e torná-los reproduzidos. As partes, porém, interferem na atuação judicial, facilitando-lhe o conhecimento e a demonstração dos fatos; o juiz intervém na atuação dos litigantes, pedindo ou forçando esclarecimentos das afirmações feitas, sugerindo ou ordenando provas por eles propostas.

Dá-se, assim, no processo probatório, uma perfeita interdependência de atribuições das partes e do juiz”. (*Prova Judiciária no Cível e Comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952, vol. I, p. 223-224).



Para o professor Liebman⁴¹, é de ser sustentado que existe relação de dependência entre o princípio dispositivo e o princípio da demanda, entendendo ele que o princípio da demanda pertence ao titular da ação e o dispositivo é apenas aquele que é empregado de forma exclusivamente técnica.

Dessas análises é de ser considerado que o juiz deve ser um estranho à lide e com atuação imparcial, com verdadeira imposição de neutralidade e equidistância na posição de qualquer das partes, mas na oportunidade de julgar o juiz deve formular juízos preparatórios, instrumentais de caráter probatório, mantendo-se a imparcialidade que não deve ser comprometida.

Nesse passo não é de ser olvidado a respeito do sentido de ser a teoria triangular aplicável ao processo, porque não pode ele existir se não houver iniciativa da parte ou do interessado e se não for pleiteado perante um

órgão jurisdicional e também se esse órgão fizer chamar o réu em juízo, surgindo daí a teoria da relação jurídica processual. Dessa maneira pode-se entender que o processo civil é o método para solução de conflitos ou resolução de controvérsias, podendo ser decidido não só judicialmente como extrajudicialmente onde as partes transigem.

Tendo isso em mente, é preciso compreender ao examinar o princípio dispositivo, ser o juiz então o diretor material do processo e não só o diretor formal do processo. Isso significa dizer que além do juiz ser imparcial, é também um dos sujeitos do processo, podendo participar dele como diretor e não mais apenas averiguar e valorar as provas fornecidas pelas partes, possibilitando assim garantir a igualdade substancial delas, no que resultou no disposto no artigo 130 do Código de Processo Civil, que dá ao juiz liberdade para produzir provas.

As providências empregadas pelo magistrado são tomadas então para permitir que as partes supram as omissões, completem suas alegações e esclareçam suas posições, com isso possibilitam ao juiz alcançar o resultado mais justo e adequado. Dessa forma a contribuição de Mauro Cappelletti permitiu que o juiz deixasse de ser uma pessoa sem atividade no exercício de sua função, possibilitando agir de modo a alcançar os fins desejados para o processo⁴².

⁴¹ Ensina o processualista italiano: "La concezione ora esposta non sembra soddisfacente ai più recenti studiosi del principio dispositivo, i quali la considerano ancora troppo legata alle vecchie, superate impostazioni.

Perciò, mentre riportano il principio della domanda al potere esclusivo del titolare di disporre della tutela giurisdizionale del diritto soggettivo, intendendolo quindi come un riflesso necessario di strutture tipiche fondamentali dell'ornamento giuridico, così come è oggi costituito, considerano invece il principio dispositivo come un principio esclusivamente tecnico del processo, cioè come una di quelle regole che le parti devono osservare per adeguarsi alle esigenze proprie del meccanismo che esse medesime hanno posto in movimento.

Ora, qualificando il principio dispositivo como principio técnico del processo, si dà certamente una opportuna precisazione, che contribuisce a mettere in evidenza la diversità dei piani su cui incidono i due fenomeni, ma non si aggiunge molto di sostanzialmente nuovo al risultato cui era pervenuta la più autorevole dottrina anteriore (*Rivista di Diritto Processuale*. CEDAM – Casa Editrice Dott. Anonio Milani. Itália. Padova: 1960, vol. XV, p. 553-554).

⁴² É o que salienta Maria Elizabeth de Castro Lopes, a respeito do pensamento avançado de Cappelletti, dizendo que esse doutrinador "propugna por ser o juiz, além de diretor formal, também diretor material do processo, pois como tal assume poderes referentes ao objeto deduzido em juízo, à matéria do processo. Em sendo assim, as partes continuam com o poder de disposição e de exceção e ao juiz conferir-se-ia um poder que possibilitasse 'auxiliar' as partes – naquele sentido de colaboração – onde, pudesse mastrar,



A respeito desse pensamento também o menciona José Roberto dos Santos Bedaque, ao dizer que não mais satisfaz a ideia do juiz inerte e neutro e essa neutralidade, que supostamente garantiria a imparcialidade, não corresponde aos anseios por uma justiça efetiva que propicie acesso efetivo à ordem jurídica justa⁴³.

E assinala ainda esse professor que: deve o julgador contar com poderes reais, idôneos a estimular e garantir a participação dos sujeitos parciais. Isso significa que deve ele também participar ativamente do procedimento. Juiz ativo, participativo, é o que se pretende. Não se compreende que aquele a quem se investiu do poder de julgar, seja omissivo e descompromissado com o resultado. Essa postura não contribui para a efetividade do contraditório. Este tem, como conteúdo mínimo, a isonomia real, isto é, igualmente não apenas em sentido formal e abstrato, mas substancial⁴⁴.

De forma que nítida está a vinculação entre a aplicação do princípio dispositivo e os poderes do juiz.

3- O JUIZ E A PROVA NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Conforme se verificou anteriormente, o juiz não é mais um ser passivo guardando

ampliar, trocar e até corrigir a posição processual, sem tocar, abalar ou mexer no pedido. Essa função 'auxiliar' ou 'assistencial' do juiz desenvolvida no processo ou a denominada 'direção material do processo' estaria presente com mais vigor no interrogatório livre, onde o juiz poderia ajudar as partes com o objetivo e tornar mais transparentes e claras suas alegações, suas vontades, suas petições, suas defesas etc." (*O Juiz e o Princípio Dispositivo*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p.100.).

⁴³ Garantias Constitucionais do Processo, Coordenador José Roberto Cruz e Tucci, nº 4, pág. 170, 1ª Ed., Editora RT, 1999.

⁴⁴ op. cit. pág. 171

simplesmente a aplicação da lei para concluir o processo e empregando-a de forma muitas vezes tarifada, isto porque, como é sabido, dispõe o artigo 333 do Código de Processo Civil a respeito do ônus da prova, indicando o que compete a ser realizado pelo autor e pelo réu.

Todavia essa disposição legal não impede do juiz exercer os poderes que lhe são conferidos para que outras provas sejam a ele encaminhadas, de maneira a permitir o adequado julgamento, e, com isso, poderá o juiz, então, suprir eventual deficiência das partes, dirigindo o processo de maneira efetiva e preparando-o para o julgamento final e justo, sendo assim admissível a determinação da colheita de provas por ordem judicial, assegurando às partes igualdade de tratamento, sem que tal possa acarretar quebra do princípio da imparcialidade, de modo que com isso a parte que eventualmente for desigual em relação à outra terá paridade de armas, como se deduz do inciso 1º, do artigo 125 do Código de Processo Civil.

Por isso salienta José Roberto dos Santos Bedaque que: "quando o juiz determina a realização de alguma prova, não tem condições de saber, de antemão, seu resultado. O aumento do poder instrutório do julgador, na verdade, não favorece qualquer das partes. Apenas proporciona apuração mais completa dos fatos, permitindo que as normas de direito material sejam aplicadas corretamente.

E tem mais: não seria parcial o juiz que, tendo conhecimento que a produção de determinada prova possibilitará esclarecimento de um fato obscuro, deixe de fazê-lo e, com tal



atitude, acabe beneficiando a parte que não tem razão?

Para ele não deve importar que vença o autor ou o réu. Importa, porém, que saia vitorioso aquele que efetivamente tem a razão, ou seja, aquela cuja situação da vida esteja protegida pela norma de direito material, pois somente assim se poderá falar que a atividade jurisdicional realizou plenamente sua função”.⁴⁵

De outra parte é de ser dito que não há conflito entre o disposto no artigo 130⁴⁶ e o que prevê o artigo 333 do Código de Processo Civil – este cuida do ônus da prova -, pois ambos os dispositivos convivem de forma harmônica, porquanto o que se busca é fortalecer os poderes do juiz, para que possa dar, entregar a prestação jurisdicional justa. Há divergência a respeito dessa questão, mas como mencionado anteriormente, nada impede que o juiz determine a realização de ofício das provas necessárias para o julgamento da causa, não havendo nisso a quebra da imparcialidade, sem que venha o juiz substituir as partes na realização de provas que devem ofertar. O juiz, em verdade, é convocado à realidade e por vocação tem a inspiração que lhe serve para assegurar a permanência do ideal da Justiça com profusão e de fonte limpa, isenta, imparcial.

Adverte Barbosa Moreira que: “Em matéria de prova, enfim, deveria ser claro que nenhuma intensificação da atividade oficial, por mais ‘ousada’ que se mostre, tornará dispensável, ou mesmo secundária, a iniciativa

dos litigantes. De maneira alguma se trata de cerceá-la, como dão a impressão de temer alguns intransigentes críticos do processo ‘inquisitório’ – outra denominação bastante equívoca. O papel do juiz e o das partes são aqui complementares; absurdo concebê-los como reciprocamente excludentes. E não custa reconhecer que, de fato, ao menos no comum dos casos, por óbvias razões, dos próprios litigantes é que se obterá, com toda a probabilidade, aporte mais substancial”.⁴⁷

No entanto é necessário distinguir também a realização de prova no âmbito do direito disponível e do direito indisponível. Quanto a este último, não há dúvida ser dever do magistrado determinar a realização das provas pertinentes em se tratando de matéria de ordem pública. Daí a razão pela qual, por exemplo, no âmbito do direito de família e na proteção de menores, não está o magistrado restrito aos limites impostos pela lei a respeito da produção de provas, porquanto interesse geral é maior do que a restrição probatória, o que enseja o pleno exercício do poder jurisdicional pelo magistrado.

Bem por isso as separações dos poderes oriundos do Estado devem ser respeitadas - quando então a tripartição do poder uno é efetuada -, ensejando ao Poder Judiciário a atividade precípua de se efetuar a prestação jurisdicional⁴⁸ e cuidando-se de questão afeta à

⁴⁵ op.cit., pág. 180

⁴⁶ Art.130 do CPC: 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.

⁴⁷ *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo.* In Revista Brasileira de Direito Processual. Rio de Janeiro: Forense, 1986, 49/63).

⁴⁸ Norberto Bobbio, ao analisar o pensamento do filósofo Kant, na obra *Metafísica dos Costumes*, sustenta ter o pensador alemão considerado que a separação dos poderes como elemento característico do estado republicano, ou seja, do estado não despótico.



ordem pública permitido é ao juiz exercício pleno do poder que lhe é conferido pela Constituição Federal para alcançar êxito e justiça que afetarão a todos e à sociedade.

O mesmo não é de ser dito em relação à hipótese de se tratar de direito disponível, quando então a atuação do juiz deverá ser restrita à eventual prova que vislumbra necessária para a solução da lide, prova essa que a parte não realizou ou não pode realizar, permitindo então o sistema em vigor, ao magistrado, a possibilidade em determinar a realização dessa prova. Considera-se nesse sentido essa atuação verdadeiro ativismo judicial, mas deve estar ele restrito, dentro dos limites ao que o diálogo enseja a atividade jurisdicional, para que não se dê a substituição da responsabilidade de cada um dos envolvidos no processo, embora tudo isso se faça e é necessário para buscar a possibilidade do encontro da verdade real, não sendo suficiente na época contemporânea, de forma precípua, a mera verdade formal.

E citada dois trechos daquela famosa obra de filosofia do mestre alemão, onde este escreveu: "Cada Estado contém em si três poderes, ou seja, a unidade da vontade geral se decompõe em três pessoas (*trias política*); o *poder soberano* (a soberania), que reside na pessoa do legislador; o *poder executivo*, na pessoa que governa (em conformidade às leis); e o *poder judiciário* (que determina para cada um o seu, segundo a lei) na pessoa do juiz".

No outro trecho Bobbio compreende que: "Kant limita-se a observar que esses três poderes estão unidos entre si como as três proposições de um silogismo: o poder legislativo é aquele que coloca a premissa maior (ou seja, a norma jurídica geral e abstrata); o poder executivo coloca a premissa menor (ou seja, o preceito concreto de comportar-se segundo a norma geral); o poder judiciário deriva a conclusão no sentido de que decide o que é direito no caso controvertido". (*Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 142).

É na decisão do magistrado que ao determinar realização da prova, ainda que de ofício, deverá fundamentar essa determinação, justificando a necessidade da realização da prova para o seu livre convencimento, o qual será evidenciado na sentença prolatada, que irá afastar as aspirações de deparar vertentes. Ao julgar o juiz tem como pressupostos a norma jurídica e o fato jurídico e com a correspondência entre esses dois termos terá ele condição de proferir o julgamento, a decisão, mas para tanto não poderá deixar de fundamentá-la, possibilitando assim revelar os motivos que o levaram a considerar certas circunstâncias de fato e de direito, ato pelo qual não se confunde com a discricionariedade e sim de justificação.⁴⁹

Convém lembrar a observação de Michele Taruffo a respeito: "A questão fundamental vem do fato de que quando, em cada passo de seu raciocínio orientado à decisão, o juiz deve recorrer a noções e critérios de caráter extra ou metajurídico, isso gera exigências particularmente severas de confiabilidade, de racionalidade, de controlabilidade e de justificação. Análogas exigências surgem também a propósito de fatores propriamente jurídicos do raciocínio do juiz (ou seja, das escolhas relativas à individualização, interpretação e aplicação de

⁴⁹ Comenta Moacyr Amaral Santos: "Esta é ato de vontade, mas não ato de imposição de vontade autoritária, pois se assenta num juízo lógico. Traduz-se a sentença num *ato de justiça*, da qual devem ser convencidas não somente as partes, como também a opinião pública. Portanto, aquelas e esta precisam conhecer dos *motivos* da decisão, sem os quais não terão elementos para convencer-se do seu acerto. Nesse sentido diz-se que a motivação da sentença redundante de exigência de ordem pública" (*in* Comentários ao Código de Processo Civil, n. 324, pág. 407, Ed. Forense, 1986).



normas jurídicas substanciais e processuais), mas esse é um terreno mais conhecido e familiar ao jurista, no qual os instrumentos de análise e controle são, ou ao menos parecem ser melhor conhecidos e mais facilmente manejáveis pelo juiz enquanto perito profissional do Direito” (*Senso Comum, Experiência e Ciência no Raciocínio do Juiz*. São Paulo: Imprensa Oficial. Revista da Escola Paulista da Magistratura, vol. 2, n. 2, julho-dezembro, 2001, p. 195)⁵⁰

4- FORTALECIMENTO DOS PODERES DO JUIZ

Embora a tendência processual moderna a respeito do fortalecimento dos poderes do juiz ganhe intensidade, não se pode afastar a hipótese em se observar as regras impostas no sistema em vigor, ou seja, a ação deve ser intentada pelo autor e o juiz está restrito a julgá-la conforme o pedido formulado pela parte, respeitando-se o princípio do contraditório e da ampla defesa e com isso permitirá proferir decisão fundamentada⁵¹ procedendo a

pacificação das partes com a satisfação dos direitos e a eliminação dos conflitos.

E segundo ensina Pontes de Miranda, para aplicação do princípio dispositivo surge a dificuldade da busca da verdade real, a qual seria apenas uma janela da atividade probatória do magistrado para obter a convicção sobre o mérito, permanecendo o ônus subjetivo das partes.⁵² Por isso não estaria assegurado quando o julgamento dos processos, onde se baseia na produção de provas apresentadas pelas partes, o seguro encontro da verdade real, dada as situações que possam surgir na realização das provas pelas partes, que afetaria o julgamento por parte do juiz para o encontro da verdade real. Disso pode resultar que não há a segurança adequada para o encontro da verdade real e competir ao juiz velar para que as provas sejam realizadas e da forma mais exata possível para ser alcançado aquele intento.

Mas mesmo assim é de serem observados os limites impostos pela lei para verificação no tocante à situação do processo e dada às alterações procedidas ao longo do

⁵⁰ Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná aos 5 de março de 2001. Exposição feita também em São Paulo aos 7 de março de 2001, a convite do Instituto Brasileiro de Direito Processual, da Associação dos Advogados de São Paulo e do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Revisão de Luiz Felipe Duarte Martins Costa.

⁵¹ Ensina José Manoel Arruda Alvim: “É preciso que o juiz, decidindo a controvérsia, justifique porque acolheu a posição do autor ou do réu. Justamente porque o juiz não decide arbitrariamente - em função de sua mera vontade - é que deve constar expressa e explicitamente da sentença a sua fundamentação, que é pressuposto do seu controle jurisdicional. A parte que sofre prejuízo se insurge contra os mesmos; recorrendo, tentará comprometer a fundamentação, pois, logrando fazê-lo, *ipso facto*, seu recurso será provido, e *modificada a sentença*. Conquanto não se recorra de fundamentos, mas da conclusão, os fundamentos não de ser atacados também, e como premissas do pedido de reforma da decisão” (*in*

Manual de direito Processual Civil, vol. 2, n. 295, pág. 593, 11ª ed., 2006/2007, Ed. RT)

⁵² Ensina Pontes de Miranda a respeito dizendo: “Chama-se em teoria direito processual *princípio dispositivo* aquele segundo o qual, entre outras vedações, o juiz não pode levar em conta, na sua apreciação do feito, a qualquer momento, fatos que não foram alegados pelas partes, nem formar a sua convicção com os meio que, propostos pelos litigantes, não se produziram com observância das regras legais” (...). E prosseguindo ressalta que o princípio dispositivo “exige que a parte tenha alegado o elemento de prova utilizado. Já o art. 130 pusera de parte esse princípio, que o art. 131 vem, agora, explicitamente solapar. Continua o princípio da constância da prova nos autos (*Quod non est in actis non est in mundo*), que se subsume-nos de concentração material e temporal do processo e determinação dispositiva no campo da prova”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, vol. II, 1978, p. 384-385).



tempo, tornou-se possível o entendimento no que concerne à necessidade do fortalecimento dos poderes do juiz para se alcançar a busca daquela verdade, daí a razão pela qual o legislador ao longo dos anos procede ao aumento dos poderes instrutórios do juiz, para que possa ele conhecer da realidade dos fatos, proferindo decisão justa e verdadeira, mas sempre respeitando os limites então determinados pela lei e pelas matérias de ordem pública.

Com o emprego adequado dos poderes instrutórios e aplicando, por conseguinte o princípio do livre convencimento motivado obriga ao magistrado explicitar as razões da conclusão adotada, com a apropriada motivação da decisão proferida, porque se assim não for ela estará com nulidade, por isso a motivação representa os elementos de convicção valorados pelo juiz. E essa motivação deve ser de tal maneira explicitada que tenha oportuna coerência e com conclusão lógica apontando o dispositivo decisório de cada pretensão. Isso não representa, no entanto, estar o magistrado obrigado a se referir especificamente sobre todas as questões postas, porque deverá ele tomar conhecimento tão-somente daquelas consideradas relevantes e essenciais.⁵³

⁵³ Ensina o Prof. Cândido Rangel Dinamarco: "A exigência de *inteireza da motivação* (Michele Taruffo) não chega ao ponto de mandar que o juiz se manifeste especificamente sobre todos os pontos, mais relevantes ou menos, ou mesmo sem relevância alguma ou quase sem relevância, que as partes hajam suscitado no processo. O essencial é motivar no tocante aos pontos relevantes e essenciais, de modo que a motivação lançada em sentença mostre que o juiz tomou determinada decisão porque assumiu determinados fundamentos com que esta guarda coerência. A regra de equilíbrio é esta: *motiva-se no essencial e relevante, dispensa-se relativamente a motivação no periférico e circunstancial* (in Instituições

Ademais, não se pode também olvidar não estar o magistrado vinculado ao princípio dispositivo nesse momento da ação, porque pode efetuar a aplicação de norma diversa daquela indicada pela parte, ainda que ele não possa alterar a causa de pedir, sem que com isso possa prejudicar as partes. Essa possibilidade mais acentua a necessidade e a razão constitucional ao ser exigida a motivação das decisões judiciais.

Pode-se assim concluir que estão ampliados os poderes do magistrado e esse poder está mais fortalecido, tanto para a realização da colheita de provas como também para obtenção da efetividade do cumprimento da decisão proferida, aplicando-se os meios adequados para o cumprimento dessa decisão, tendo sido o magistrado investido em novos poderes de coerção, conforme se verifica pelo disposto no artigo 461 do Código de Processo Civil, que autoriza o juiz a proceder à aplicação de multas, a apreensão de bens, remoção de pessoas ou coisas e determinar a proibição de atividades prejudiciais e nocivas e desfazimento de obras ou coisas.

A respeito do mencionado artigo observou Cândido Rangel Dinamarco: "O vigente art. 461 atende à recomendação de Vittorio Denti no sentido de que, *quando violado um comando positivo*, devem ser oferecidos meios para a produção do resultado que o obrigado sonheou ao credor. Esses meios podem consistir em oferta de 'resultado prático equivalente ao do adimplemento' ou mesmo no *emprego da força*, como se dará na 'remoção de pessoas ou coisas'

de Direito Processual Civil, vol. I, n. 93, pág. 242, Malheiros Editores, 2001).



ou mediante 'requisição de força policial' (art. 461, § 5º). Podem consistir também na imposição de *multa* ao inadimplente, com o objetivo de provocar-lhe a opção pelo adimplemento (art. 461, § 4º).⁵⁴

Percebe-se ainda que com esse fortalecimento, determinados direitos estariam mais fortalecidos do que outros, como, por exemplo, os direitos do consumidor, conforme expressa legislação que trata dessa questão, advinda poucos anos após a nova Constituição da República, denominada como Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, onde ali se protege não só os direitos individuais e coletivos, homogêneos e heterogêneos, dos consumidores, como também essa legislação permite ao juiz possa ele determinar a inversão do ônus da prova em relação à parte que melhor capacidade possui para a realização dessa prova, em razão da hipossuficiência técnica ou ser verossímil a alegação, ou poderá ainda o juiz de direito dar aplicação às regras de experiência.

O Código de Processo Civil, no artigo 333, incs. I e II indicam de forma clara, ou seja, sem deixar margem a dúvida, a quem incumbe o ônus da prova e limita a possibilidade das partes em alterarem essa regra processual, conforme se conclui do afirmado no parágrafo único do referido artigo. No entanto o Código de Defesa do Consumidor, no art. 6, inc. VIII dispõe que a inversão do ônus da prova dar-se-á por proposição do juiz de direito, o que tem por fim alcançar o equilíbrio entre as partes da ação, isso quando esses sujeitos do processo sejam considerados desiguais, uma vez que em muitas

circunstâncias o conflito que surgiu entre o consumidor e o fornecedor ou o prestador de serviço apresenta nítida vulnerabilidade daquele, de modo que deverá ser melhor protegido.

Assim, nota-se que a inversão do ônus da prova envolve referido fortalecimento do poder jurisdicional conferido ao magistrado, cabendo a ele respeitá-los e ainda ao aplicá-los não olvidar do princípio da proporcionalidade⁵⁵ ao examinar o cabimento do cumprimento do que será decidido. Por isso os requisitos para a inversão do ônus da prova são aqueles expressamente previstos na legislação consumerista e devem ser respeitados e sua aplicação deve se dar de forma a se encontrar o

⁵⁵ Ensina Paulo Bonavides a respeito de tal princípio dizendo: "A lesão ao princípio é indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades porque sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia para as liberdades cujo exercício somente se faz possível fora do reino do arbítrio e dos poderes absolutos. Quem atropela um princípio constitucional, de grau hierárquico superior, atenta contra o fundamento de toda a ordem jurídica. A construção desta, partindo de vontade constituinte legítima, consagra a utilização consensual de uma competência soberana de primeiro grau".

E prosseguindo ressalta: "Admitir a interpretação de que o legislador pode ao seu livre alvedrio legislar sem limites, seria pôr abaixo todo o edifício jurídico e ignorar, por inteiro, a eficácia e majestade dos princípios constitucionais. A Constituição estaria despedaçada pelo arbítrio do legislador. O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional".

E conclui: "Poder-se-á enfim dizer, a essa altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade". *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores. 11ª ed., 2001 págs. 396-397.

⁵⁴ *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, n. 219, v. I, p. 451.



elemento probatório para a convicção necessária.

Essa forma de onerar uma das partes na realização das provas não permite concluir venha ser empregada a teoria denominada “das cargas dinâmicas”⁵⁶, porquanto essa teoria, não está ainda suficientemente analisada e estudada, mas se tal não bastasse a aplicação dela só ensejaria verdadeira insegurança às partes e a todos os outros envolvidos no processo, porquanto não teriam plena certeza dos atos a serem realizados e dos ônus de cada prova que compete a cada parte realizar. Com isso não se pode admitir a ocorrência de eventual esvaziamento do disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil, bem como não se pode levar a pretensão em se alcançar uma flexibilização do ônus da prova, pois, como foi

dito, afetaria a insegurança jurídica entre as partes para o processo e o seu destino final.⁵⁷

Percebe-se também o fortalecimento dos poderes do juiz no que dispõe o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, o qual permite a utilização pelo magistrado de todos os meios legais, onde encontra a proteção da lei para o ato, de forma a autorizar, a conceder, a possibilitar ao interessado a prática de um fazer ou de um não fazer, alcançando o resultado útil com o cumprimento da obrigação.

⁵⁶ Essa teoria tem a preocupação voltada para com a aplicação de forma desigual do art. 333, *caput*, do CPC e por isso procura abrandar, dar uma nova compreensão a respeito das regras atinentes ao ônus da prova. E a respeito dessa teoria observa Danilo Knijnik, mencionando Juan Alberto Rambaldo, que: “De fato, parte-se da compreensão segundo a qual a regra consagrada no art. 333 do CPC estabeleceu uma distribuição estática do ônus probatório, construída em atenção à sintaxe da norma e independentemente das circunstâncias do caso concreto, o que não excluiria, porém, a distribuição dinâmica, na qual haveria um ‘giro epistemológico fundamental no modo de observar o fenômeno probatório, em que o mesmo é visto da perspectiva da finalidade do processo e do valor justiça, e não sob o ângulo do mero cumprimento de formas processuais abstratas’” (*Cargas probatórias dinâmicas; um giro epistemológico*. In PEYRANO, Jorge. W. *Cargas probatórias...cit.*, p.33 e ss.) As (perigosíssimas) Doutrinas do “Ônus Dinâmico da Prova” e da “Situação de Senso Comum” como instrumentos para Assegurar o Acesso à Justiça e Superar a *Probatio Diabólica*. In: Fux, Luiz; Nery Jr. Nelson; Arruda Alvim Wambier, Teresa (Coord.). *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p.942.

⁵⁷ Almino do Couto e Silva argumenta a respeito da aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais (como podem ser considerados os pressupostos para a concessão da inversão do ônus da prova previsto no Código de Defesa do Consumidor), dizendo que: “Nos caso de dúvida quanto a subsunção de casos em cláusulas gerais ou em conceitos jurídicos indeterminados, a palavra final só poderá ser dada pelo Judiciário. É notório que os juízes modernos estão muito distantes da ‘boca que pronuncia as palavras da lei’ ou dos juízes-autômatos, imaginados por Montesquieu. Hoje, não somente no sistema da **common law**, do **judge made law**, mas também nos sistemas que, como o nosso, ligam-se ao do Direito Romano, os juízes se transformaram em legisladores. Por certo, não temos nós a regra do **stare decisis**, ou da força vinculativa dos precedentes, o que tem impedido que, no rigor da técnica, possa a jurisprudência ser considerada como fonte de Direito. Mas ninguém negará que a jurisprudência constante, uniforme, plenamente consolidada, exerce papel semelhante ao que desempenhava o **ius honorarium**, nos seus conflitos com o **ius civile**, no Direito Romano. Muito embora não pudesse o **ius honorarium** ab-rogar formalmente o **ius civile**, a ele, no entanto, se sobrepunha na prática, pois o Direito que era efetivamente aplicado era o **ius honorarium** e não o **ius civile**. Não é outra razão pela qual Gaio dizia que o **ius civile**, embora formalmente vigente, não passava de um **nudum jus**, um direito esvaziado de consequências e efeitos imediatos sobre a realidade.

A função de criação do Direito, assumida pelos juízes e estimulada pela inserção nas leis de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, suscita o problema, de difícil solução, da legitimação democrática para o desempenho dessas atribuições, pois, como advertia Montesquieu, se o poder de julgar estiver confundido com o poder de legislar, ‘o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário’”. (ob. Cit., p. 52-53).



Ao comentar esse dispositivo da lei consumerista, afirmou Kazuo Watanabe: "O legislador deixa claro que, na obtenção da tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer, o que importa, mais do que a conduta do devedor, é o resultado prático protegido pelo direito. E para a obtenção dele, o juiz deverá determinar todas as providências e medidas legais e adequadas ao seu alcance, inclusive, se necessário, a modificação do mundo fático, por ato próprio e de seus auxiliares, para conformá-lo ao comando emergente da sentença. Impedimento da publicidade enganosa, inclusive com o uso da força policial, se necessário, retirada do mercado de produtos e serviços danosos à vida, a saúde e segurança dos consumidores, e outros atos mais que conduzam à tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer".⁵⁸

Fortaleceu-se ainda o poder do juiz também no âmbito dos Tribunais, onde é permitido ao relator do recurso até mesmo proceder ao julgamento dele de forma monocrática, conforme se verifica no artigo 557 do Código de Processo Civil. Comenta a respeito José Carlos Moreira Alves: "O novo texto do art. 557, dentro de certos limites e com as ressalvas que se farão abaixo, consagra a possibilidade de ser qualquer recurso julgado pelo respectivo relator. Com o evidente propósito de minorar a carga de trabalho dos órgãos colegiados, abreviando-lhes as pautas, a Lei nº 9.139 já havia generalizado a franquia prevista, antes, com referência ao agravo de instrumento 'manifestamente improcedente', no primitivo art.

⁵⁸ Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto. 4ªed. Rio de Janeiro: Forense Univesitária, 1995, n. 2, p. 528.

557, e em termos mais amplos (mas apenas para o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça) no art. 38 da Lei nº 8.038. Com a Lei nº 9.756, deu-se novo passo adiante, permitindo-se ao relator, em determinados casos, o que até então lhe era vedado: proferir julgamento *favorável* ao recorrente. Assim dispõe o parágrafo introduzido, com estranha numeração (1º-A), entre o *caput* e o antigo parágrafo único, modificado na redação e rebatizado de 1º(!)"⁵⁹

Houve ainda o fortalecimento dos poderes do juiz tanto na lei do Juizado Especial Cível, previsto na Lei 9.099/95, como se nota pelo contido nos art. 29, art. 33 e art. 35; como também no atual Código Civil, onde é possível notar, por exemplo, o caráter conferido às disposições que tratam a respeito da má-fé, como na hipótese do dolo e da fraude, bem como para com a boa-fé, como para a vertente da existência de benfeitoria em imóvel, e também sobre a posse e das cláusulas gerais, do que se conclui ter sido também fortalecido o poder do magistrado para o exame das questões atinentes a essas leis.

Cogita-se ainda sobre a possibilidade ou não em ser aplicada para todos os casos a inversão do ônus da prova e não apenas no tocante às matérias atinentes ao direito do consumidor, havendo posição sustentando essa possibilidade. Isso denota outra forma de fortalecimento dos poderes do juiz. E ainda tratando desse tema, há divergência em relação ao momento adequado onde deve o magistrado efetuar a inversão do ônus da prova.

⁵⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 5., págs. 682-683.



Duas correntes existem a esse respeito, a primeira que sustenta a necessidade do magistrado anunciar previamente a inversão do ônus da prova, protegendo as partes e os direitos que contendem, evitando surpresas.

A outra corrente entende que a inversão do ônus da prova só deveria ocorrer no momento da prolação da sentença, no instante em que o juiz examinar a produção das provas não terá ele razão para empregar as regras sobre o ônus da prova, tratando-se então de regra de julgamento.

5- CONCLUSÃO

Do estudo procedido a respeito do fortalecimento dos poderes do juiz, é possível concluir que, embora haja na sociedade mudança para aplicação da lei permitindo esse fortalecimento, não pode ele tornar-se verdadeiro investigador, como também não pode ele vir a substituir a responsabilidade probatória de cada uma das partes. Às partes compete apresentarem as provas dos fatos que alegam e se eventualmente no curso do processo percebe o magistrado a necessidade de que uma delas apresente determinada prova, deverá requisitá-la e caso a parte não a realize deverá arcar com as consequências dessa negativa, ou, se possível for a realização independente da vontade da parte, deverá o magistrado conseguir a realização dessa prova.

Isso tudo, como foi visto, para permitir possa o magistrado obter o convencimento adequado das alegações apresentadas e proferir decisão justa e verdadeira. No entanto a realização dessa prova ou a determinação dela de nenhuma forma enseja que a atuação do juiz

substitua a das partes ou venha ele ofender o princípio da imparcialidade no momento da realização dessas provas, pois, como foi dito, não pode o juiz se converter em investigador, uma vez que fugiria de sua atividade precípua.

A possibilidade do magistrado em ter poderes maiores e não restritos é acentuada no tocante aos direitos indisponíveis, onde o reflexo da decisão afeta não só as partes envolvidas como também a toda sociedade. E se nessa forma a lei autoriza que o magistrado tenha tais poderes sem que haja ofensa aos princípios da igualdade e do contraditório, a determinação de provas referentes à matéria afeta o direito disponível, também não ofende o princípio da igualdade e do contraditório.

E para assegurar a aplicação do fortalecimento referente ao ônus invertido da prova, é de ser ressaltado que razão assiste à corrente doutrinária que sustenta caber ao magistrado anunciar previamente essa inversão, para com isso dar efetiva aplicação ao princípio da igualdade e do contraditório protegendo as partes ao invés de surpreendê-las, pois não se trata de uma mera regra de julgamento. O fortalecimento dos poderes do juiz é resultado, consequência da modificação de mentalidade, da mudança de ideia, por parte do legislador constituinte ao inserir como garantia constitucional o acesso à justiça e buscando a efetiva aplicação do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, não aceitando negar a justiça àquele cujo direito substantivo foi violado, uma vez que não se admite possa perpetuar essa espécie de violação ante os desacordos humanos possíveis e conhecidos no âmbito da sociedade constituída.



O impulso que se faz necessário para compreender essa mudança de mentalidade é resultado da tendência, do pendor que existia em se ter apenas por preocupação a prática formal da justiça e não sua efetividade. Era uma cultura que pode ser dita ou comparada com a agnóstica, pois a preocupação apenas com a razão interna do processo não possibilitava o alcance exterior da ação e não se obtinha a necessária efetividade para repercussão no mundo. Com isso o magistrado foi chamado ao discernimento da efetividade da aplicação da justiça, afastando-se e esvaziando-se a figura história do juiz formal, sem iniciativa para o encontro da verdade daquela ofensa ao direito substantivo, ou seja, não mais se furta para encontrar essa verdade, não recusando simplesmente os indícios, as provas que serão necessárias para tal finalidade ser destacada. A maioria dos homens ainda possuem consciência e discernimento para conhecer e dizer o certo e o errado, o bem e o mal, distinguir o honesto do astuto e matreiro, sendo uma pessoa irrepetível, única, em cujo atributo se encontra a liberdade, a individualidade e a subjetividade, e, portanto, assim acreditam eles nos princípios, de forma a não se permitir possa restar uma justiça e uma sociedade onde só haja o relativismo no qual cada um tem sua verdade, porque não seria correto pensar que o homem é a medida para todas as coisas, porquanto o ato prejudicial, aquele que feriu o direito, não tem condições de ser vitorioso e essa vitória não pode se dar, menos ainda com a aplicação desacreditada de uma justiça apenas formal.

Com isso obtém-se a conclusão de se alcançar a efetividade do processo com o

adequado estudo e aplicação dos poderes do juiz, possibilitando não se excluir o proveito útil a atingir os interessados na ação e suas efetivas relações com outras pessoas e bens. Assim, tendo a justiça, a autoridade moral e as decisões por ela proferidas deste modo são reputadas, devem ter alcance efetivo e os poderes conferidos ao juiz se voltam aos interesses contemporâneos, de maneira a não enfraquecer as decisões judiciais, não ser então a mesma desatendida e projetar sua inviolabilidade sobre as partes, em benefício daquelas que foram vítimas do desrespeito ao direito substantivo, constituindo assim a base, o alicerce de uma instituição livre, honrada e segura no dar a cada um o que é seu.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, José Manoel Arruda. **Manual de direito processual civil**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Garantias constitucionais do processo**. São Paulo: Editora RT, 1999.
- BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. 1.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A emenda constitucional n. 45 e o processo. In:-----
Temas de direito processual civil: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.



----- A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. **Revista brasileira de direito processual**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

Comentários ao código de processo civil. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 5.

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant**. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001

CAPPELLETTI, M. **A ideologia no processo civil**. AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul: Porto Alegre, 1981. v. 23.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O juiz e o princípio dispositivo**. São Paulo: Ed. RT, 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 24. ed, São Paulo: Malheiros, 2008.

CHIOVENDA, G. A idéia romana no processo civil moderno. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 78, n. 430, abr. 1939.

COUTO E SILVA, Almir do. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito

contemporâneo. **Revista de Direito Público – RDP**, Ed. RT, n. 84, out./dez. 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001.

Fundamentos do processo civil moderno. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “Ônus Dinâmico da Prova” e da “Situação de Senso Comum” como instrumentos para assegurar o acesso à justiça e superar a *probatio diabólica*. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo e constituição**. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006.

LIEBMAN, E. T. **Fondamento del principio dispositivo**. Tradução Revista di Diritto Procesuale, Padova, v. 15, 1960.

PICÓ I JUNOY, Joan. **Las garantías constitucionais del proceso**. 3 reimpr. Barcelona: Bosch, 2002.

PONTES DE MIRANDA, M. C. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1952. v. 1.

Comentários ao código de processo civil. Ed. Forense, 1986.



TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. São Paulo: Imprensa Oficial. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, 2001.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**: teoria geral do direito processual e processo de conhecimento. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Garantias constitucionais do processo civil**. Ed. RT, 1999.

WATANABE, Kazuo. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.