



**O PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO:
POSSÍVEIS LIMITAÇÕES À ATUAÇÃO DE OFÍCIO NA PRODUÇÃO DA PROVA**

**THE INSTRUCTORY POWER OF THE JUDGE IN THE BRAZILIAN CIVIL
PROCESS: POSSIBLE LIMITATIONS TO THE PERFORMANCE OF OFFICE IN
THE PRODUCTION OF THE PROOF**

Matheus Leonam de Lara¹
Frederico Slomp Neto²

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar se existe limitação do poder instrutório do juiz no processo civil brasileiro. O Código de Processo Civil de 2015 prevê amplos poderes instrutórios ao juiz, sem, em contrapartida, apresentar limitações expressas. Desse modo, convém, por meio de análise bibliográfica de cunho qualitativo, identificar, ainda que mediante interpretação sistemática da legislação processual vigente, e por meio de posições doutrinárias, as possíveis causas limitadoras desse poder oficioso. Com efeito, este estudo analisa se o magistrado compromete sua imparcialidade quando determina prova de ofício; se a natureza do direito discutido limita ou não à atuação de ofício do juiz e, por fim, se os negócios jurídicos processuais e as regras do ônus da prova possuem aptidão para restringir a atuação oficiosa do julgador na produção da prova. Diante disso, conclui-se que existe limitação ao poder instrutório do juiz, porquanto, mesmo amparado por um amplo poder instrutório, o julgador deve observar os procedimentos e as circunstâncias concretas para balizar a atuação de ofício, a fim de não comprometer a atividade desempenhada.

Palavras-chave: poder de ofício; limites; procedimento instrutório.

ABSTRACT

This paper aims to analyze whether there is a limitation on the judge's instructional power in Brazilian civil procedure. The Civil Procedure Code of 2015 provides for broad instructional powers to the judge, without, however, presenting express limitations. Thus, it is appropriate, through a qualitative bibliographical analysis, to identify, even if through systematic interpretation of the current procedural legislation, and through

¹Graduando em Direito pela Universidade do Contestado. Porto União. Santa Catarina. Brasil. E-mail: matheuslara99@hotmail.com.

²Mestre em Direito. Professor do Curso de Direito da Universidade do Contestado. Porto União. Santa Catarina. Brasil. E-mail: slompadvogados@yahoo.com.br.

doctrinal positions, the possible causes limiting this ex officio power. In fact, this study analyzes whether the judge compromises his impartiality when he determines evidence ex officio; whether the nature of the right in question limits the judge's ex officio power and, finally, whether legal procedural agreements and the rules on the burden of proof have the ability to restrict the judge's ex officio power to produce evidence. Therefore, we conclude that there is a limitation on the judge's power to instruct, since, even if supported by a broad power to instruct, the judge must observe the procedures and concrete circumstances in order to determine the judge's ex officio action, so as not to compromise the activity performed.

Key words: power of office; limits; procedure instructory.

Artigo recebido em: 30/09/2022

Artigo aceito em: 25/11/2022

Artigo publicado em: 14/06/2024

Doi: <https://doi.org/10.24302/acaddir.v6.4494>

1 INTRODUÇÃO

A atuação do juiz, sobretudo aquela de ofício, está sempre em voga no direito brasileiro. Discute-se, na atualidade, os poderes investigativos do juiz quando age por iniciativa própria, o que se assemelha ao modelo de organização processual denominado inquisitorial, porquanto, nesse sistema, o juiz detém protagonismo processual, o que permite ao magistrado um amplo poder probatório, prevalecendo o princípio inquisitivo. Em contrapartida, existe um modelo designado adversarial, segundo o qual as partes atuam como protagonistas do processo, de modo que o juiz assume a função de espectador e, ao final, exerce a função jurisdicional, nesse segundo sistema, vigora o princípio dispositivo.

No direito brasileiro, a participação ativa do juiz na produção da prova não foi uma inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015, já se visualizava essa ideia nas legislações processuais antecessoras.

O Código de Processo Civil de 2015 consagrou o princípio da cooperação, significa dizer que as partes, assim como o juiz, devem cooperar para que, em tempo razoável, obtenham a decisão de mérito justa e efetiva. Esse modelo cooperativo de processo, para alguns autores, funciona como um modelo intermediário ao inquisitorial e ao adversarial.

Com efeito, como regra geral, a iniciativa probatória cabe as partes litigantes, são elas que detêm o protagonismo processual e podem requer as provas que entendem necessárias ao julgamento do mérito. Contudo, cada vez mais o juiz participa ativamente do processo, não mais como mero espectador, mas com aptidão para determinar que uma prova seja produzida sem que haja requerimento da parte interessada.

A legislação processual não previu expressamente as hipóteses em que o juiz deve se abster de determinar de ofício a produção de prova. Nesse sentido, o presente artigo procura responder se existe limitação ao poder instrutório do juiz no processo civil brasileiro. Para responder ao problema proposto, o estudo objetiva analisar as possíveis limitações do poder instrutório do juiz no processo civil brasileiro, dentre as quais se o magistrado compromete sua imparcialidade quando determina prova de ofício; se a natureza do direito discutido limita ou não à atuação de ofício do juiz e, por fim, se os negócios jurídicos processuais e as regras do ônus da prova possuem aptidão para restringir a atuação oficiosa do julgador na produção da prova. A metodologia empregada é a bibliográfica de cunho qualitativo e o método é o dedutivo, uma vez que utiliza artigos científicos e doutrinas referente ao tema.

2 AS POSSÍVEIS LIMITAÇÕES DO PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) não estabeleceu limitação expressa à produção da prova de ofício. Neste sentido, convém analisar a legislação processual civil de forma sistemática, a fim de identificar se existe algum elemento que poderia limitar a aptidão probatória de ofício conferida ao juiz. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (2005, p. 1) possui entendimento consolidado no sentido de que

Os juízos de primeiro e segundo grau de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC (de 1973).

A iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça.

Em que pese o entendimento do Tribunal, alguns doutrinadores entendem que há elementos que podem limitar essa atuação de ofício, os principais fatores apontados serão analisados no decorrer deste trabalho.

2.1 IMPARCIALIDADE DO JULGADOR

Inicialmente, cabe descrever o que são limitações probatórias. Na visão de Leonardo Greco (2015a, p.133) as “limitações probatórias são todas as proibições impostas pelo ordenamento jurídico à proposição ou produção das provas consideradas necessárias ou úteis para investigar a verdade dos fatos que interessam à causa”. Sobre a natureza dessas limitações, ensina Leonardo Greco (2015a, p.133):

Essas limitações são de diversas naturezas. Algumas resultam da imposição de prazos e de preclusões pelas normas que regem os diversos procedimentos e a prática dos atos processuais neles inseridos. Outras decorrem da necessidade de assegurar ao processo celeridade e rápida solução, impedindo a produção de provas consideradas inúteis ou procrastinatórias. Outras visam a dar segurança a certas relações jurídicas, mediante a admissibilidade da prova de certos fatos somente por meio de fontes de excepcional qualidade formal, como o registro público, repudiando as demais. Outras, ainda, pretendem impedir que a investigação dos fatos pelo juiz viole preciosos direitos fundamentais da pessoa humana, como a intimidade, a integridade física e a honra, ou preservar o interesse público ao sigilo, o que leva à proibição de provas consideradas ilícitas. E, também em vários casos, a lei ou os costumes impõem limitações à admissibilidade de certas provas que consideram inidôneas, disciplinando a investigação da verdade pelo juiz, para que ele não se deixe influenciar por fontes ou por métodos considerados pouco confiáveis ou suspeitos.

Com efeito, mesmo havendo previsão expressa para o juiz produzir uma prova de ofício, ele estará limitado pelas demais regras que regem os procedimentos do processo. Pense-se, por exemplo, que o juiz determine de ofício uma perícia, ainda assim deverão ser observadas as disposições pertinentes à produção da prova pericial. Sendo assim, o procedimento estabelecido atua como limitador da atividade dos sujeitos que integram o processo.

As regras de impedimento e suspeição, por exemplo, limitam o poder do juiz, sendo este considerado suspeito ou impedido, não poderá atuar no processo. Portanto, são limitações que não atacam diretamente o poder instrutório do julgador, de modo que podem ser alegadas em qualquer momento, desde que no prazo de

quinze dias a contar do conhecimento do fato (impedimento ou suspeição), conforme o art. 146 do CPC/2015 (BRASIL, 2015):

No prazo de 15 (quinze) dias, a contar do conhecimento do fato, a parte alegará o impedimento ou a suspeição, em petição específica dirigida ao juiz do processo, na qual indicará o fundamento da recusa, podendo instruí-la com documentos em que se fundar a alegação e com rol de testemunhas.

Se na instrução processual, o juiz, em tese impedido, determinar de ofício a produção de uma prova para favorecer um parente até o terceiro grau, por exemplo, e posteriormente for reconhecido o impedimento pelo Tribunal de Justiça, este decretará a nulidade dos atos praticados quando já presente o motivo de impedimento, ou seja, a prova produzida será considerada nula.

Discute-se, na doutrina, se o simples fato do julgador determinar, oficiosamente, a produção de uma prova já caracteriza sua parcialidade. Afirma Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2022, p. 695) que

A melhor interpretação é a da afirmação de amplos poderes probatórios ao juiz. A atividade probatória desenvolvida de ofício não rompe com sua imparcialidade, já que, quando o juiz produz uma prova, não tem conhecimento de a qual parte tal prova beneficiará.

No mesmo sentido aduz Haroldo Lourenço (2021, p. 228) que o juiz, ao determinar a produção de prova, não pode saber de antemão o resultado que será obtido, razão pela qual, não deve ser considerado parcial por esse quesito:

Não se poderia falar em parcialidade ou violação à inércia, na hipótese de o magistrado produzir provas de ofício, eis que ele próprio não sabe qual resultado será obtido com a produção da prova, não tendo como ser parcial ou tendencioso.

Ademais, tendo o juiz Liberdade probatória, quando determinar de ofício a produção de uma prova, sobretudo quando houver quebra de sigilo bancário, fiscal ou comercial, deve fundamentar sua diligência, não sendo razoável a decisão que se limita a deferir o requerimento como, por exemplo, nos casos de expedição de ofício a órgãos públicos (LOURENÇO, 2021).

O juiz deve ter cautela para não comprometer sua imparcialidade na condução das atividades jurisdicionais, a necessidade da prova de ofício deve nascer no

contexto do processo e, conseqüentemente, não deve ocorrer através de conhecimentos pessoais ou particulares fora do contraditório. Pode o juiz determinar prova não requerida pelas partes, contudo, não pode ser inquisidor ou investigador (THEODORO JR., 2022). Na mesma linha, entende Leonardo Grego (2014, p. 306) que o juiz compromete a imparcialidade e a liberdade das partes quando se torna um investigador sistemático:

A distribuição da iniciativa probatória entre as partes e o juiz deve continuar a ser tratada com flexibilidade, consideradas as desigualdades, das mais variadas espécies, entre os sujeitos parciais do processo, que impulsionam o juiz a adotar uma postura ativa, e não simplesmente reativa, na apuração da verdade. Entretanto, esse ativismo salutar pode tornar-se nocivo, se o juiz passar a ser um investigador sistemático, comprometendo a própria imparcialidade e a liberdade das partes.

Para Marcelo José Magalhães Bonizzi (2017) o julgador que assume um protagonismo exacerbado na fase de instrução processual estará, de certo modo, substituindo as partes e, conseqüentemente, poderá comprometer parte da sua imparcialidade:

É importante, no entanto, que a postura ativa do juiz seja exercida de forma equilibrada. Se o juiz assumir um protagonismo exagerado na fase instrutória, ele provavelmente estará substituindo as partes nesse papel e perdendo, com isso, um pouco de sua imparcialidade.

Ainda, entendem Eduardo Arruda Alvim, Daniel Willian Granado e Eduardo Aranha Ferreira (2019, p. 611) que o juiz, sob pena de incorrer em parcialidade, só pode determinar provas de ofício se incapaz de proferir sentença e o processo não admitir aplicação do ônus da prova, ou ainda, quando houver direitos indisponíveis em disputa:

O juiz, sob pena de quebra de sua parcialidade, só poderá determinar a produção de provas subsidiariamente, se, diante do quadro probatório produzido, se sentir incapaz de proferir sentença e a lide não for solucionável por aplicação do princípio do ônus da prova, ou, ainda, se a lide envolver direitos indisponíveis.

O argumento de que o juiz quebra sua imparcialidade quando determina uma prova de ofício, portanto, é inapropriado, esse motivo, por si só, não torna o juiz parcial. Como visto, o juiz será considerado parcial quando incorrer nas regras de

impedimento e de suspeição, hipóteses elencadas pela própria legislação para que o juiz seja considerado parcial, ou, ainda, quando assumir comportamento que extrapola as regras procedimentais previstas na legislação, exercendo, como diz Humberto Theodoro Junior (2022), a função de investigador ou inquisidor.

2.2 NATUREZA DO DIREITO EM DISPUTA

Dentre os doutrinadores que estabelecem limitações ao poder conferido ao juiz pelo art. 370 do CPC/2015 (BRASIL, 2015), estão aqueles que acreditam que a natureza do direito poderia ou não permitir a iniciativa probatória do juiz, em outras palavras, se o direito sob disputa fosse indisponível, o juiz teria amplos poderes probatórios, contudo, caso fosse disponível, aí o magistrado somente poderia complementar as provas já produzidas, ou seja, não haveria iniciativa probatória.

Convém, antes de adentrar ao tema propriamente dito, distinguir direito disponível do direito indisponível. Assim, segundo De Plácido e Silva (2016, p. 478), o direito disponível: “Refere-se à espécie de direito subjetivo que pode ser abdicado pelo respectivo titular — contrapõe-se ao direito indisponível. É também chamado direito dispositivo”. Aduz Andre Roque (2022, p. 643) acerca do que são os direitos indisponíveis, segundo o autor:

Embora a definição do que sejam os direitos indisponíveis e a delimitação de todos os seus casos constituam tormentosos problemas, podem ser dados como exemplos os direitos referentes ao estado da pessoa (capacidade, filiação, estado civil), os direitos da personalidade (art. 11 do Código Civil) e o direito da Fazenda Pública, desde que se refira ao interesse público primário (tutela do bem comum). Questões envolvendo interesses de incapazes, como guarda e visitação de menores, também entram nessa esfera de indisponibilidade.

Assim, como dito acima, os direitos da personalidade são exemplos de direitos indisponíveis, o art. 11 do CC/2002 (BRASIL, 2002) assim dispõe: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Em vista do assunto, há quem entenda que a situação de vulnerabilidade de alguma das partes também justifica a iniciativa probatória do juiz, contudo, quando não houver vulnerabilidade, como é o caso de processos que envolvem sociedades

empresárias, não poderia o juiz determinar prova de ofício. Nesta linha declara Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 90):

A atividade instrutória oficial somente poderia ser substitutiva da atividade das partes em caso de vulnerabilidade (econômica ou técnica). Esses seriam os casos em que, segundo pensamos, a iniciativa oficial poderia deixar de ser simplesmente complementar. Em processos societários (envolvendo sociedades empresárias), por exemplo, é praticamente nenhum o poder instrutório do juiz.

A atividade probatória do juiz ganha mais um fundamento quando estiverem em discussão interesses públicos ou sociais, e desde que os resultados pretendidos no processo sejam maiores que aqueles esperados pelas partes da demanda, como acontece, por exemplo, em processos que tratam do meio ambiente. Em vista disso, o julgador não deve sufocar a atividades e os direitos das partes, deve, de forma equilibrada, procurar evitar a postura passiva no processo e somente produzir as provas de ofício se não houver elementos suficientes para proferir um julgamento justo (BONIZZI, 2017). Para Cândido Rangel Dinamarco (2017, p. 58 e 59) o juiz deve buscar equilibrar a fragilidade ou vulnerabilidade:

[...] as desigualdades econômicas e culturais são capazes, quando incontroladas, de conduzir o processos à produção de resultados distorcidos em razão de insuficiências probatórias resultantes das desídiadas daquele que não se defendeu melhor porque não pôde; e, por expressa determinação legal, o juiz tem o dever de promover o equilíbrio das partes no processo, assegurando aos litigantes a paridade em armas que o princípio isonômico exige [...]. Onde há uma parte mais frágil que a outra, ou mais vulnerável aos azares de um processo mal conduzido ou deficientemente instruído, deve o juiz atar no sentido de promover uma compensação dessa fragilidade ou vulnerabilidade, por todos os meios lícitos a seu alcance.

Além do mais, é incumbência do juiz, conforme o art. 139, I, do CPC/2015 (BRASIL, 2015), assegurar às partes a igualdade de tratamento, o que na visão de Marcus Vinicius Rios Gonçalves (2022, p. 93) possibilita que o magistrado determine de ofício a produção de provas, após verificar eventual fragilidade da parte hipossuficiente que não pode arcar com um bom advogado para garantia dos seus direitos:

A possibilidade de interferir na produção de provas pode também ser utilizada pelo juiz para assegurar a igualdade real entre as partes, que é exigida pela CF e pelo CPC, art. 139, I. Pode ocorrer que uma das partes se encontre em

posição de inferioridade em relação à outra. A dificuldade econômica, por exemplo, pode fazer com que a parte não tenha condições de contratar um bom advogado, que lhe assegure o pleno exercício de seus direitos processuais e não requeira as provas necessárias para a apuração do seu direito. O juiz, verificando essa circunstância, não deverá atemorizar-se de perder a imparcialidade. A igualdade exigida pela lei processual não é a meramente formal, mas a real. Por isso, ele pode, de ofício, determinar a produção daquelas provas que não tenham sido requeridas pela parte mais fraca, por desconhecimento ou desídia de seu procurador. A omissão do juiz, em casos assim, é que colocaria em risco a sua imparcialidade, pois é possível que a razão seja da parte mais fraca, e que ela não esteja conseguindo demonstrá-la em virtude da desigualdade que se estabeleceu no processo.

Nesta mesma linha de pensamento, tendo em vista as situações de vulnerabilidade e indisponibilidade de direitos, o julgador também poderia determinar, ex officio, a oitiva de uma testemunha referida, por exemplo, de acordo com o art. 385 do CPC/2015 (BRASIL, 2015): “Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício”.

Todavia, na visão de Nelson Luiz Pinto e de Beatriz Krebs Delboni (2021, p. 87) quando o processo versar sobre direitos disponíveis e houver paridade de armas entre as partes litigantes, ou seja, não está presente causa de vulnerabilidade, não caberia a intervenção do juiz na atividade probatória desempenhada pelas partes:

Dessa forma, conclui-se que, versando o processo sobre direitos disponíveis e havendo paridade de armas, as partes podem suprimir a produção de determinada prova, ainda que ela seja, eventualmente, considerada relevante para o deslinde do feito. Nessa hipótese, devem ser aplicadas as regras relativas à distribuição do ônus probatório

A atividade probatória de ofício deve ocorrer sempre que necessário assegurar a paridade de armas, ou manter o equilíbrio da relação processual (PINHO, 2022). Segundo Leonardo Greco (2015a, p. 119), o processo civil brasileiro atual adotou a mistura do princípio dispositivo com o inquisitório:

Pode-se afirmar, então, que o Brasil, hoje, adota um sistema misto: nas causas que versam sobre direitos disponíveis, o juiz, em princípio, deve respeitar a iniciativa probatória das partes, embora subsidiariamente possa suplementá-la, enquanto naquelas que versem sobre direitos indisponíveis ele deve promover a apuração dos fatos conjuntamente com a iniciativa das partes.

Ainda, conclui Leonardo Greco (2015a, p. 120) que caso estejam em disputa direitos disponíveis, o juiz apenas poderia determinar a produção de uma prova em caráter subsidiário, respeitando, pois, a autonomia das partes. Quando a natureza do direito for indisponível, o julgador deve, em cooperação com as partes, buscar esclarecer os fatos:

Então, pode dizer-se que nas causas que versam sobre direitos disponíveis vigora o princípio dispositivo, e nas que versam sobre direitos indisponíveis vigora o princípio inquisitório. Nas primeiras, a iniciativa probatória é prioritariamente das partes, cabendo ao juiz exercê-la em caráter subsidiário, para suprir as deficiências no seu exercício pelas partes e evitar que, em razão delas, a apuração dos fatos se distancie manifestamente da verdade como ela é. Nas segundas, sem prejuízo da iniciativa das partes, deve o juiz adotar todas as iniciativas probatórias que se fizerem necessárias para apurar a verdade e para evitar que pela má apuração dos fatos as partes venham a dispor dos direitos indisponíveis.

Diante do exposto, há na doutrina vozes que defendem haver limitação do poder instrutório do juiz. De modo geral, a regra é que julgador dispõe de poder para determinar a produção de provas oficiosamente, sobretudo nos casos em que envolvam direitos indisponíveis, vulnerabilidade, desequilíbrio, entre outras situações levantadas neste trabalho, inclusive tomando a iniciativa para produzir provas e não apenas complementar as já produzidas. Todavia, quando se tratar de direitos disponíveis e não houver situação de fragilidade, nesses casos, a atividade do juiz, para certas vozes na doutrina, deveria ocorrer tão somente de forma complementar ou subsidiária, ou seja, sem iniciativa probatória, garantindo assim o protagonismo das partes.

2.3 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E ÔNUS DA PROVA

Passa-se a análise dos negócios jurídicos processuais, e se essas convenções podem estabelecer limites ao poder atribuído ao juiz. As convenções processuais estão previstas no art. 190 do CPC/2015 (BRASIL, 2015), que dispõe o seguinte:

Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Com efeito, tem-se que a legislação processual civil de 2015 possibilitou as partes com plena capacidade convencionarem mudanças procedimentais, a fim de ajustar o processo as especificidades da causa, de forma a estabelecer ônus, poderes e deveres processuais antes ou durante o processo, desde que os direitos admitam autocomposição. O enunciado 135 aprovado pelo Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) afirma que “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”. Acerca do assunto, declara Humberto Theodoro Jr. (2022, p. 315):

O CPC/2015 autoriza o negócio processual sob a forma de cláusula geral, sem, portanto, especificar expressamente os limites dentro dos quais a convenção das partes poderá alterar o procedimento legal. O convencionado entre as partes vinculará o juiz, não cabendo a estas, no entanto, eliminar as suas prerrogativas. Por outro lado, não se reconhece ao magistrado o poder de veto puro e simples. Toca-lhe apenas o poder de fiscalização e controle, de modo a impedir convenções nulas ou abusivas, como explicita o parágrafo único do art. 190.

A convenção processual firmada entre as partes para limitar as provas que serão produzidas, restringe o poder do juiz, o qual não poderá determinar que novas provas sejam produzidas, o risco foi assumido pelas próprias partes, neste caso, se o resultado das provas produzidas fosse insuficiente, seriam aplicadas as regras que disciplinam o ônus da prova, assim entendem Gustavo Fávero Vaughn, Renato Caldeira Grava Brazil e Giovani dos Santos Ravagnani (2018, p. 7):

Fica o juiz limitado, portanto, a julgar com base nas provas produzidas a partir do acordo processual celebrado pelas partes. Se considerar como insuficientes para formar sua convicção, julgará a causa com base no ônus probatório, ao invés de determinar a produção de outro meio de prova, não acordada entre as partes. Este é o risco assumido pelas partes ao acordarem de maneira limitativa as provas a serem produzidas no litígio instaurado.

Como visto, as partes podem firmar negócio jurídico processual para que não seja produzida uma determinada prova. Desse modo, não poderia o juiz interferir porque estaria vinculado ao negócio processual. Segundo Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2015, p. 91), sendo o negócio processual válido

[...] o juiz não pode ignorar esse ato de vontade. Se o fizesse, isso seria o mesmo que negar às partes o protagonismo da cena processual, assumindo-o somente para si. Em tal hipótese, persistindo dúvida quanto à ocorrência de determinado fato, caberia ao juiz resolver o assunto pelas regras de ônus da prova.

Outro fator que está diretamente ligado ao protagonismo das partes é a possibilidade do saneamento consensual. O CPC/2015 (BRASIL, 2015) permite que as partes da demanda, consensualmente, delimitem as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, bem como as questões de direito relevantes a resolução do caso, o que deve ser homologado pelo juiz para surtir efeitos.

Essa possibilidade está prevista no art. 357, §2 do CPC/2015 (BRASIL, 2015): “As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz”. Trata-se, também, de negócio jurídico processual previsto no art. 190 do CPC/2015 (BRASIL, 2015). A cerca da convenção processual e sua validade, declara Leonardo Greco (2018, p. 433):

Respeitada a ordem pública processual, as convenções processuais podem limitar os poderes do juiz, o que pode ocorrer sempre que a atividade do juiz seja eminentemente substitutiva da vontade das partes, impondo decisões sobre matérias que são exclusivamente de interesse delas e que, portanto, por elas podem ser livremente reguladas. É o que ocorre com a delimitação consensual das questões de fato e de direito. Se às partes cabe a proposição dessas questões e se a essa proposição deve ater-se o juiz, podem as partes dispor sobre a sua delimitação. Entretanto, sobre exceções substanciais que integram a ordem pública, como a prescrição de direitos não patrimoniais e a decadência, não pode haver convenção das partes que impeça a sua apreciação pelo juiz.

Assinala o autor supra citado que, mesmo havendo delimitação consensual entre as partes, o juiz conhecerá das normas de ordem pública, bem como analisará a validade da convenção. Além de poder convencionar a respeito da delimitação das questões de fato e de direito, as partes podem distribuir o ônus da prova, também mediante negócio jurídico processual, com previsão no art. 373 do CPC/2015 (BRASIL, 2015): “A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”.

Por fim, entende Humberto Theodoro Jr. (2021, p. 773) que o negócio jurídico processual firmado entre as partes, o qual estabelece o meio de prova que será utilizado para demonstrar a ocorrência de fatos, deve prevalecer:

O poder probatório do juiz, portanto, cessa diante da desnecessidade concreta do meio de convencimento, seja por inexistir controvérsia acerca do fato (art. 374), seja por existir convenção a respeito de qual fato terá de ser comprovado e de que modo haverá de ser demonstrada a respectiva veracidade em juízo (art. 190 c/c art. 373, § 3º). Prevalecendo a regra convencional na espécie, cessa a autoridade do juiz para determinar prova distinta daquela eleita pelas partes. Ainda que a entenda necessária para elucidação da causa, faltar-lhe-á condição jurídica para exigir sua produção no processo, em face da disponibilidade do direito em jogo e da prevalência do regime negocial reconhecida por lei. Em tal situação, produzida ou não a prova convencional, e não sendo suficiente para comprovar a situação de vantagem buscada pelo autor, nada mais restará ao juiz senão julgar a demanda segundo as regras tradicionais do ônus da prova [...]

Portanto, ainda que o juiz tenha poderes instrutórios amplos, conforme a jurisprudência do STJ, as partes que integram a relação processual, evidentemente, obedecendo os limites estabelecidos na legislação, poderão convencionar mudanças procedimentais ou processuais, como por exemplo, acordar que em um determinado processo judicial será ouvida apenas uma testemunha para cada fato; ou ainda, que o ônus da prova pertence ao réu. Assim, as partes mediante convenção processual, respeitadas as disposições pertinentes, assumem o protagonismo, podendo dispor dos seus direitos que admitam a autocomposição. Ao juiz é dado verificar a validade dessas convenções, sendo válido o acordo firmado entre as partes, não existiria motivo para o juiz deixar de observá-lo. Caso exista convenção processual válida em matéria probatória e, ao final, o conjunto de provas se mostrar insuficiente, cabe ao juiz aplicar o ônus objetivo da prova.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, tratou-se da imparcialidade do julgador, este, como visto, não quebra a imparcialidade quando determinar de ofício a produção de alguma prova, pelo fato de não saber o resultado que dela será obtido futuramente. Contudo, caso o magistrado venha a assumir um comportamento que extrapola as funções jurisdicionais, um comportamento substitutivo em relação a alguma das partes, poderá

comprometer sua imparcialidade. Ainda, os procedimentos preestabelecidos pela legislação atuam como limitadores do poder exercido pelo juiz, se de um lado a legislação atribui poder, de outro ela controla os limites de atuação. As regras que disciplinam os casos de impedimento e suspeição são exemplos disso.

Também foi analisado se a natureza do direito discutido poderia limitar a atuação do juiz na instrução probatória, sobretudo na produção da prova de ofício. A regra é de que o juiz goza de amplos poderes probatórios, ainda mais quando o direito litigioso for indisponível ou quando a parte se encontrar em situação de vulnerabilidade ou fragilidade. Neste ponto, é quase unânime a doutrina que afirma o amplo poder probatório do juiz, tanto em caráter subsidiário como de iniciativa. Porém, são levantadas certas hipóteses que poderiam figurar como exceções à regra, como é o caso do processo que versa sobre direitos disponíveis e não houver polo vulnerável, como seria o caso de uma demanda entre empresas de grande porte, nesses casos, já começa haver divergências doutrinárias. Algumas vozes afirmam que o juiz tão somente poderia complementar as provas produzidas, sem poderes de iniciativa, e que, portanto, estaria limitado. Neste ponto, não haveria motivo para o juiz assumir a iniciativa probatória e determinar a produção de prova de ofício, se o processo é ajuizado pelas partes, estas devem buscar meios para comprovar os fatos constitutivos do seu direito, seja antes ou durante o processo: inclusive a ação probatória autônoma permite que a prova seja produzida antes de ajuizada a ação, o que permite avaliar melhor o risco de uma eventual improcedência do pedido. Diante disso, não cabe ao juiz, nos casos de paridade de armas e quando o processo versar sobre direitos disponíveis, tomar a iniciativa probatória, sem prejuízo de poder complementar as provas já produzidas para formar o seu convencimento, e, se mesmo assim restar dúvidas, deve valer-se das regras que disciplinam o ônus da prova.

Ao final, realizou-se a análise das convenções processuais a fim de verificar se possuem aptidão para limitar o poder instrutório do juiz. Posto que as partes capazes podem, antes ou durante o processo, convencionarem mudanças procedimentais referente a ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, e sendo os direitos passíveis de autocomposição, cabe ao juiz verifica a validade dos atos, e, respeitados os limites, esse negócio jurídico processual dever ser observado pelo juiz e pelos contratantes, inclusive naquilo que diz respeito ao direito probatório. Não com o

objetivo de eliminar poderes de instrução conferidos ao juiz, mas, verificando que as partes convencionaram, por exemplo, para que não fosse produzida uma determinada prova; ou ainda, que apenas seria admitida uma testemunha para comprovar cada fato, por mais que ainda exista o poder probatório do juiz para determinar aquele meio de prova eliminado pelas partes, ou determinar a oitiva da segunda testemunha para comprovar o fato, deve o juiz se abster-se de produzir a prova e, remanescendo dúvida, novamente deverão ser observadas as regras do ônus da prova.

Diante disso, pode-se concluir que existe limitação ao poder instrutório do juiz, porquanto, mesmo amparado por um amplo poder instrutório, o julgador deve observar os procedimentos e as circunstâncias concretas para balizar a atuação de ofício, a fim de não comprometer a atividade desempenhada.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. **Direito processual civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. E-book.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 abr. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1939]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm. Acesso em: 07 jun. 2022.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [1973]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 16 mar. 2022.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). **Agravo regimental no recurso especial 738.576**. Processo civil. Agravo no recurso especial. Iniciativa probatória do juiz. Perícia determinada de ofício. Possibilidade mitigação do princípio da

demanda. Precedentes. Agravante: Viação Planalto LTDA – VIPLAN. Agravado: Cleber Mantevar Machado. Relatora Min. Nancy Andrighi, 18 de agosto de 2005. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500520626&dt_publicacao=12/09/2005. Acesso em: 06 abr. 2022.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: v. III. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de direito processual civil**. 18. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. E-book.

GRECO, Leonardo et al. A reforma do direito probatório no processo civil brasileiro: “observatório das reformas processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, ano 8, v. XIII, p. 301-551, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11923/9336>. Acesso em: 30 mar. 2022.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**: processo de conhecimento. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015a. E-book.

GRECO, Leonardo. Saneamento do processo, estabilidade e coisa julgada. In: MARX NETO, Edgard Audomar et al. **Processo civil contemporâneo**: homenagem aos 80 anos do Prof. Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 400-443. E-book.

LOURENÇO, Haroldo. **Processo civil sistematizado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021. E-book.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de direito processual civil contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

PINTO, Nelson Luiz; DELBONI, Beatriz Krebs. A liberdade de disposição das partes e a liberdade investigatória do juiz cível no âmbito probatório. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 318, 2021.

ROQUE, Andre. Capítulo VIII – Da Revelia (art. 344 a 2446). In GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. E-book.

THEODORO JR., Humberto. **Código de processo civil anotado**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-book.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum**. 63. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. E-book.

VAUGHN, Gustavo Fávero; BRAZIL, Renato Caldeira Grava; RAVAGNANI, Giovani dos Santos. As convenções processuais vistas como um possível limite aos poderes instrutórios do juiz. **Revista dos Tribunais** São Paulo, n. 989, mar. 2018. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/retrieve/121201/Gustavo%20F%c3%a1vero%20Vaughn.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2022