

O PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ

José Eduardo Suppioni de AGUIRRE*

1. O DIREITO COMO FATOR DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS

1.1. Como expressa J. J. Calmon de Passos, "o Direito, em última instância é sempre decisão de conflitos de interesses ("Direito, Poder, Justiça e Processo", Revista Forense, 1999, pág. 27).

É evidente que os interesses de determinada sociedade derivam da maneira como a mesma se estrutura econômica, social e culturalmente, modificando-se, historicamente, na medida em que a mesma se altera a vida social.

1.2. O Direito, como produto cultural e produto humano, cuida de reger os conflitos de interesses de determinada sociedade.

Mas, é de se indagar em que consiste o Direito, uma vez que dizer que é fator de solução de conflitos não esgota sua essência, até porque limita-se a reconhecer uma de suas finalidades, o que não é, obviamente critério para a identificação de um ser.

Parece-nos lúcida a visão tridimensional do Direito, estabelecida pelo Prof. Miguel Reale, que vê, no fenômeno jurídico, um ser composto pela norma, valor e fato, em relação dialética de complementariedade indissolúvel.

Só que os fatos e os valores mudam e, conseqüentemente, mudam as normas, posto que, como lembra o Prof. Miguel Reale, **"o DIREITO não é um fato que plana na abstração, ou seja, solto no espaço e no tempo, porque também está imerso na vida humana, que é um complexo de sentimento e estimativas"** ("Teoria Tridi-

mensional do Direito" - Situação Atual - Saraiva, 1994, pág. 123).

1.3. Até agora falamos, genericamente, do Direito, apontando-o como produto humano histórico e, porque histórico, variável em função das alterações dos interesses da comunidade.

No entanto, é preciso distinguir entre as normas de Direito que regram condutas e as que propiciam a aplicação daquelas, quando os conflitos ou incertezas se estabelecem, sendo as primeiras chamadas de materiais e as segundas de processuais.

As primeiras são normas de Direito material e as segundas de Direito processual, distinção estabelecida com nitidez, no século passado, por Von Billow e que deu ao Processo a condição de ramo distinto do Direito material, com princípios próprios, ensejando o seu estudo sistemático e, com isso, o surgimento da Ciência do Processo.

Incontrovertível é que as normas processuais têm a mesma historicidade das normas materiais, variando, portanto, no tempo e no espaço, junto com aquelas.

Ambas constituem o fenômeno jurídico como um todo.

1.4. Postas tais considerações iniciais, impõem-se analisar as mudanças operadas na estrutura de Poder e sua normatização, desde o surgimento do Estado Liberal até o atual Estado Social Democrático.

(*) Professor do curso de mestrado em Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

2. DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL DEMOCRÁTICO EM FUNÇÃO DA VARIAÇÃO HISTÓRICA DOS INTERESSES

2.1. O Estado Liberal surge das profundas mudanças econômicas determinadas pela ruína do feudalismo e sua substituição pelo capitalismo.

O desenvolvimento do comércio e da indústria, com a compra e venda de produtos, gerando classes sociais que se agregam em torno dessas atividades, é absolutamente incompatível com o sistema econômico dos feudos, pequenos universos, de economia centrada, fundamentalmente, na produção agrícola, e cujos direitos são determinados pela posição de classe.

O comércio e a indústria são aventuras a que qualquer homem pode se entregar, independentemente de ser ou não proprietário rural.

A progressiva importância dessas atividades exige que os homens, doravante, sejam vistos como titulares de direitos, independentemente do seu posicionamento nos grupos sociais, ao contrário do feudalismo, onde os direitos de cada um adivinham de sua inserção social, determinada, fundamentalmente, pela propriedade da terra.

Enfim, todos os homens passam a ser titulares de direitos, pelo só fato de serem homens, proclamando-se o princípio da igualdade.

Para a proteção da igualdade, com a conseqüente não interferência do Estado nas novas atividades produtivas, impõe-se um sistema jurídico que proteja cada um do poder estatal, de forma a não serem comprimidos os direitos de todos, fracionando-se, inclusive, este último em Executivo, Legislativo e Judiciário.

Nascem assim as Constituições liberais, que se limitam a dispor sobre a divisão do Poder e sobre os direitos do cidadão oponíveis ao Estado, como observa com proficiência Paulo Bonavides ("**Curso de Direito Constitucional**", Malheiros Editores, 7ª Ed., págs. 200/201).

Claro está que, em tal contexto ideológico, o processo civil, malgrado a sua evolução científica, seria visto como relação jurídica, através da qual o Judiciário compunha conflitos fundamentalmente privados.

E o procedimento exaltado era o procedimento ordinário, onde o Judiciário exercia mera

atividade intelectual, solucionando conflito e, só depois disso procedimento, a prática dos atos invasivos do patrimônio privado.

Tal procedimento, como realçado por Ovídio Baptista da Silva, ostentava nítida marca ideológica, preservando o indivíduo diante do Estado ("**Curso de Processo Civil**", Ed. Sergio Antonio Fabris, 1987, Vol. I, pág. 101).

Mais ainda, cumpria o magistrado, ao decidir, ater-se, segundo o padrão do positivismo vigente, ao texto da lei, consoante bem estabelecendo por Norberto Bobbio ("**O Positivismo Jurídico**", ed. Ícone, 1996, pág. 214).

2.2 O ideário do liberalismo entra em crise, na medida em que esta se implanta no seio do Estado liberal, resultante da desigual distribuição de riquezas e da pressão das classes obreiras, que, desprotegidas por uma legislação que só visualizava indivíduos, pouco recebiam do sistema econômico.

Surge o Estado Social, que, na sua modalidade democrática, implicará constituições superadoras do antagonismo Estado e Sociedade, atribuindo ao primeiro a tarefa de realizar a progressiva igualdade substancial entre os cidadãos, através domarmos programáticas a cerca de saúde, educação, previdência etc.

Nasce, enfim, a "**Constituição Dirigente**", que como esclarece Sebastião Botto de Barros Tojal, consiste em "**um texto que objetiva a mudança social**" ("**Os 10 anos da Constituição Federal**", Coordenação de Alexandre de Moraes, ed. Atlas, 1999, pág. 35).

3. O PODER JURISDICIONAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DO BRASIL

3.1. O Estado brasileiro cataloga-se entre os Estados Sociais Democráticos

A Constituição Brasileira é, marcadamente dirigente, tanto que, em seu art. 3º, estabelece os objetivos fundamentais do Estado, que, em última análise objetivam a preservação da dignidade humana bem como a sua promoção.

3.2. Facilmente perceptíveis os novos rumos impostos ao Poder Jurisdicional.

Sua atuação, que se faz através de procedimentos, deverá ser obediente ao Princípio do Devido Processo Legal.

Ressalve-se, no entanto, que o Devido Processo Legal não se identifica com a simples prescrição infraconstitucional de determinado procedimento, mas sim com procedimentos elaborados com respeito aos Princípios Constitucionais atinentes (Princípio do Juiz Natural, do Contraditório com todas as suas conseqüências, incluída a produção de prova, da Demanda, da Fundamentação das Decisões, do Duplo Grau de Jurisdição e da Efetividade da Prestação Jurisdicional).

Mas o novo rumo da atuação do Poder Jurisdicional não se esgota em sua simples submissão ao Princípio do Devido Processo Legal.

A nova visão envolve, outrossim, a questão do objetivo perseguido pela atividade jurisdicional.

Cabe-lhe, como é de primeiro saber, a predominante função de composição dos conflitos, que lhe são levados pelas partes, através da construção da norma concreta, extraída dos comandos legais abstratos.

A tal escopo, que os constitucionalistas e processualistas chamam de escopo jurídico.

O Poder Jurisdicional, como uma das faces sem sentido do Poder Estatal, está vinculado ao mesmo fim do Poder Executivo e Legislativo, qual seja, a realização do bem comum, expresso em última análise, na preservação e promoção da dignidade humana.

A contribuição do Poder Jurisdicional ao bem comum se faz pela paz e consiste em seu escopo social.

Mas dizer isso não é dizer tudo sobre os escopos do Poder Jurisdicional.

Não é qualquer paz, que interessa ao Estado Social Democrático, mas sim a paz justa, que não coincide, necessariamente, com a pura e simples determinação da norma concreta.

O que significaria a paz justa?

A paz justa significa a resultante da aplicação das normas de direito material, que não violem os valores abrigados nos princípios e direitos constitucionais.

A avaliação da constitucionalidade da norma ordinária não se faz apenas pelo parâmetro

consistente na adequação da lei menor aos ditames constitucionais tocantes aos critérios formais de sua criação.

A constitucionalidade da norma inferior exige, também, a conferência da adequação do seu conteúdo com os princípios constitucionais, que agasalham valores nitidamente materiais.

Uma lei que, por exemplo, limitasse o acesso às universidades, em função da opção sexual do aluno, embora formalmente perfeita, atritaria com o art. 3º, IV, da Constituição.

Ao Poder Jurisdicional cabe, então, não só aplicar a lei, como avaliar sua constitucionalidade, quer do ponto de vista formal, quer do material, bem como buscar, entre os vários significados possíveis, aquele que mais se ajuste aos valores contidos na Carta Magna.

Ao contrário do mero legalismo positivista, reconhece-se, hodiernamente, que a Constituição elenca valores e princípios hauridos da sociedade, dando-lhes eficácia normativa, e que estes últimos devem presidir criação das normas menores.

Passa a Constituição a ocupar, pois, o vértice axiológico do sistema jurídico.

Oportunas as considerações de Tereza Negreiros, fundadas nas lições do constitucionalista português Canotilho, mostrando que os princípios, além de fundamentos de regras jurídicas, cimentam todo o sistema constitucional (**"Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-fé"**, Renovar, 1998, pág. 168).

A justa composição dos conflitos traduz-se, destarte, não apenas na aplicação de leis elaboradas em consonância com os princípios axiológicos da Constituição, como também em uma nova postura hermenêutica.

Exacerba-se a preocupação com a igualdade substancial no acesso à Justiça.

No tema do acesso à Justiça, insere-se, também, a possibilidade da própria coletividade, através de substituição processual, levar seus pleitos ao Judiciário, como é o caso das ações civis públicas.

Salienta-se, ainda, a simplificação dos procedimentos, bem como a abertura de possibilidade de antecipações de tutela, para vencer amorosidade da prestação jurisdicional, que poderá implicar a

ausência de efetividade do processo, que deverá, em conformidade com o princípio intuído por Ghioyenda, **"dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir"** (Instituições de Direito Processual Civil, 10 Vol., Ed. Saraiva, 1965, pág. 46).

Deve o sujeito do interesse tutelado, em razão do desfecho judicial, ostentar situação mais próxima possível da que teria, se seu interesse houvesse sido atendido pacificamente pela outra parte.

Ou como afirma José Roberto dos Santos Bedaque:

Tutela jurisdicional deve ser entendida, assim, como tutela efetiva de direitos ou de situações pelo processo. Constitui visão do direito processual que põe em relevo o resultado do processo como fator de garantia do direito material. A técnica processual a serviço de seu resultado ("Direito e Processo", Ed. Malheiros, 1995, pág. 25).

Adensam-se as propostas de procedimentos de cognição limitada, em função da peculiaridade bem da vida perseguido, de forma a dar proteção mais efetiva ao mesmo, aproximando, como sugere José Roberto dos Santos Bedaque, o direito processual do direito material, "com vista à assegurar, com eficiência, a efetividade deste" (Ob. cit., pág. 58).

3.3. Em resumo, no Estado Social Democrático o Poder Jurisdicional:

a) colima, através da prestação jurisdicional (escopo jurídico), a realização do bem comum, como poder através da produção da paz social justa (escopo social), o que deve ser alcançado através da aplicação de normas adequadas aos princípios formais e materiais abrangidos na Constituição;

b) exerce, através do processo, sua função com obediência aos princípios constitucionais referentes àquela relação jurídica;

Tal atividade, que é nitidamente instrumental, como é instrumental todo o exercício do Poder com vistas ao bem comum, implica a igualdade substancial ao acesso à Justiça, modo de ser

conveniente do processo e sua utilidade, como ensina Cândido Rangel Dinamarco, ao cuidar da instrumentalidade:

Com tais ressalvas, indicam-se quatro aspectos fundamentais de interesse para essas investigações: a) o acesso à Justiça; b) o modo de ser do processo; c) a justiça das decisões; d) a sua utilidade ("A Instrumentalidade do Processo", Ed. RT 1987, pág. 390).

Como se vê, está-se longe da concepção privatista do processo civil, o qual passa a refletir a visão mais ampla de que o valor básico de estado de direito é a realização de Justiça, o que se torna impossível com a atitude passiva do Estado, (Raquel Denize Stumm, "Princípio da Proporcionalidade no Direito constitucional Brasileiro", Ed. Livraria do Advogado, 1995, págs. 115/116).

4. O PAPEL DO JUIZ E DAS PARTES NA ATIVIDADE PROBANTE

4.1. Antes de ferir-se o tema, impende distinguir entre fonte probatória e meio probatório.

Precisa a lição de Hélio Márcio Campos:

Costuma a doutrina diferenciar fonte e meio de prova. A isto não escapa Lopes da Costa (1947, pág. 299):

"a) o documento, a testemunha, o objeto sujeito à vistoria que são causas corpóreas, "meios de prova", naquele primeiro significado; b) o exame do documento, a inspeção da causa vistoriada, a inquirição da testemunha, são também, já noutro sentido, meios de prova, processos de cujo emprego resulta um estado de consciência do pesquisador, pela aquisição de um conhecimento" ("O Princípio Dispositivo em Direito Probatório", Ed. Livraria do Advogado, 1994, pág. 23.).

4.2. A atividade probante terá visualizações diversas, conforme encarada pela ótica da concepção liberal do Estado ou pela ótica da concepção do Estado Social Democrático.

4.3. Na visão liberal, as fontes de prova devem ser levadas ao processo pelas partes,

cumprindo ao Juiz utilizá-las como meio, produzindo-as (caso da oitava de testemunhas), ou presidindo sua produção (caso da perícia).

Não cumpre ao Juiz, na visão mais clássica do liberalismo, sequer utilizar-se das fontes, se as partes, embora mencionando-as no processo não se preocuparem com o uso das mesmas (deixar de juntar documento comprobatório da causa de pedir remota, embora fazendo constar dos autos a repartição em que ele se encontra).

Os processualistas liberais encontram explicação para tal conclusão no fato de que, sendo disponíveis pelo sujeito da relação jurídica substancial os próprios direitos dessa natureza, conseqüentemente ampla será a disponibilidade sobre a prova, cuja não utilização levaria, na maior parte das vezes, a provimento jurisdicional que determinaria a perda do bem.

Busca-se, também, a explicação para inatividade do Juiz, quanto à busca das fontes de prova, ou para a não utilização das indicadas pelas partes, quando estas se desinteressarem, no manutenção do princípio da imparcialidade e igualdade das partes.

Em resumo, da disponibilidade dos direitos materiais, passa-se a disponibilidade da prova e, não apenas da prova, mas sim do próprio andamento do processo, elegendo-se o princípio do dispositivo como aplicável, tanto no plano material, como no processual.

Porém tais explicações não passam de discurso ideológico, entendida a ideologia como um modo de pensar produzido pelas próprias relações sociais e que, crendo-se científico, na verdade, apenas justifica os interesses nascidos daquelas articulações sociais (cf. Marilena Chauí "O Que é Ideologia", ed. Brasiliense, 1980, pág. 31).

Pois bem, as teses impeditivas da atividade probatória do juiz, tocantes à imparcialidade, igualdade e disponibilidade dos bens materiais, traduzem, no fundo, uma postura ideológica liberal, uma recusa da interferência do Estado na vida do cidadão, plenamente em sintonia com o interesse das classes produtoras.

Na verdade, não se sustentam os argumentos paralizantes da atividade jurisdicional probatória.

O direito material pode ser disponível, porém, na medida em que se solicita a intervenção do Estado, através da ação processual, para solucionar conflitos, não faz qualquer sentido tolher o Juiz dos elementos necessários à decisão, sob o argumento da disponibilidade dos bens.

Mais racional que, ao invés de manter-se o processo com os custos a ele inerentes, que a parte renuncie o direito controvertido.

Se lhe cabe a via da renúncia, não há porque manter-se a fluência do processo com o Juiz inerte, condenando-se o resultado do feito a mero jogo de aparência, sob o argumento da disponibilidade.

Quanto à imparcialidade, é óbvio que a mesma se manifesta na análise distorcida da prova produzida, por razões objetivas e subjetivas específicas que envolvem o Juiz.

Destarte, a parcialidade é fenômeno que tem lugar no exame e não na produção da prova.

Já no que concerne à igualdade das partes, sabe-se que o mero asseguramento formal da mesma não gera a igualdade real e que esta última só existirá desde que se lhes dê tratamento diferenciado, na medida em que elas se desigualam.

É evidente que tal postura, mesmo no mais extremado dos liberais, cede quando se trata de direitos indisponíveis.

É indiscutível, também, que existem graduações dentro do liberalismo, de forma tal que alguns processualistas sustentam que o princípio do dispositivo, se deve incidir sobre a prova, não incidirá, no entanto, sobre a fluência da relação processual, cuja direção caberá ao Juiz.

Essa a posição de Santiago S. Melendo, que não transige quanto à necessidade de que os meios de prova pressuponham fontes levadas pelas partes, mas admite o uso das fontes, mesmo que não haja interesse das partes em sua utilização:

De igual manera que, sempre que se trata de derechos disponibles, la parte puede disponer de ellos, también siempre que se trate de elementos probatorios disponibles, deberá la parte poder disponer de ellos. Y ? de qué elementos puede disponer? De las fuentes. Esas son suyas. Cuando las ha dado a conocer al juez, ha perdido su

disponibilidad. Pero cuando las ha dado a conocer la parte, no cuando el juez ha adquirido el conocimiento por cuenta propia. ("La Prueba, Buenos Aires, E.V.E.A., 1978, pág. 17).

4.4. Na perspectiva do Estado Social Democrático diversa será a visão da atividade do Juiz.

Na medida em que ele exerce o Poder Jurisdicional e que este, ao lado do Executivo e Legislativo, busca o bem comum - só que por via da pacificação social justa e através da aplicação da vontade da lei-, deriva ter ele o comando do processo, podendo, nessa medida, determinar a produção de provas cujas fontes foram levadas pelas partes, mesmo no caso de desinteresse destas últimas, bem como buscar fontes que as partes não tenham levado.

Exercendo função de Poder pacificador com justiça, não pode o Juiz furtar-se de determinar as provas que entender necessária à plena consecução do escopo social do processo.

4.5. O Código de Processo Civil brasileiro, em seu art. 130, deu ao Juiz o poder de produzir provas, estejam ou não nos autos suas fontes, independentemente da vontade das partes.

Sob a inspiração desse comando legal e da visão instrumentalista do processo, vários doutrinadores não impõem qualquer restrição à atividade do juiz.

Confira-se o escólio de Sérgio Alves Gomes:

A ampliação dos poderes instrutórios do juiz visa a aumentar as possibilidades de encontro da verdade real, de modo a não se ver o juiz obrigado a julgar com base apenas no que provam as partes, podendo ele também, de ofício, ordenar a produção das que entender necessárias. Embora não raras vezes o juiz tenha de se contentar com verossimilhança, tal somente deve ocorrer após esgotar ele as possibilidades de fazer vir aos autos os elementos probatórios de que pode lançar mão, de ofício. Dentre os escopos do processo está o da solução justa do litígio e para tanto a verdade se faz necessária (CPC, arts.17, II, 332, 339, 415).

E somente a verdade real é efetivamente verdade, conforme ensina Teixeira Filho: "real é a que se pode denominar de verdade em si, vale dizer, aquilo que efetivamente aconteceu no mundo sensível; formal é que se estabelece nos autos, como resultado das provas produzidas pelas partes ("Os Poderes do Juiz na Direção e Instrução do Processo Civil", Ed. Forense, 1995, pág.258).

Firme, também, a lição de José Roberto dos Santos Bedaque:

A doutrina moderna abandonou definitivamente a concepção privatista do direito processual, que via no processo um instrumento para a proteção do direito subjetivo e, portanto, totalmente subordinado à vontade das partes litigantes. A orientação atual, de tendência nitidamente publicista, reconhece a existência de um interesse no resultado do processo que extravasa o estreito limite das relações nele discutidas. A atuação do ordenamento jurídico interessa a toda a coletividade. Por esse motivo, admite-se a ampliação dos poderes do juiz no processo, para investigação da verdade real, visto que a formal não mais satisfaz ao processualista atento aos fins sociais de sua ciência. O interesse na solução é tanto do juiz quanto das partes ("Poderes Instrutórios do Juiz", Ed. RT pág.91).

E o mesmo magistrado destaca ainda:

Assim, além dos interesses privados das partes, existe outro muito mais relevante, que é o interesse do Estado na correta atuação do ordenamento jurídico mediante atividade jurisdicional. É evidente que as partes almejam a satisfação de suas pretensões. Sobre esse interesse, porém, sobrepõe-se o do Estado.

Essa visão do fenômeno processual é absolutamente incompatível com a atitude passiva do magistrado, que não pode permanecer como mero assistente do "duelo" travado entre as partes, pois também o Estado tem interesse no resultado processo, ainda que disponível o direito material (ob. cit., p. 90).

Não se esqueça, também, o magistério de José Renato Nalini:

Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto for necessário ao conhecimento da verdade. Prevaleceu-se o Código, nesse ponto, dos benefícios que trouxe ao moderno direito processual a chamada concepção publicística do processo ("O Juiz e o Acesso à Justiça", Ed. RT, 1994, pág. 81).

Enfrentando a questão do princípio dispositivo e distinguindo-o do princípio da demanda, Bedaque assenta que o primeiro se refere ao direito material, situando-se, portanto, em plano diverso da relação processual, de forma que cabe ao Juiz o comando do processo, inclusive, obviamente, com da determinação da produção das provas que entender necessárias aos escopos públicos do processo:

Diante de tanta polêmica em torno da terminologia adequada para representar cada um desses fenômenos, e até mesmo da exata configuração deles, preferível que a denominação "princípio dispositivo" seja reserva tão-somente aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo. E tais reflexos referem-se apenas à própria relação jurídico-substancial. Assim, tratando-se de direito disponível, as partes têm ampla liberdade para dele dispor, através de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido). E não pode o juiz opor-se à prática de tais atos, exatamente em virtude da natureza do direito material em questão. Essa sim corresponde à verdadeira e adequada manifestação do princípio dispositivo. Trata-se de um princípio relativo à relação material, não à processual. Qualquer outra limitação à atividade do Juiz, quer no tocante à propositura da demanda, quer no curso do processo, não decorre da natureza do direito substancial ("Poderes

Instrutórios do Juiz, Ed. Revista dos Tribunais, 1991, pág. 64).

4.6. É certo, no entanto, que o art. 333 do C.P.C., ao estabelecer e distribuir entre as partes o ônus probatório, cria perplexidade ao intérprete sobre o momento e limites da utilização do comando do art. 130 do C.P.C.

Diante do art. 333 do C.P.C., sustentam alguns processualistas que a produção probatória oficial deve ter caráter supletivo da atividade das partes.

Nesse sentido, Vicente Miranda e Arruda Alvim ("Poderes do Juiz no Processo Civil Brasileiro, Ed. Saraiva, 1993, pág. 217 e "Código de Processo Civil Comentado", Vol. V, pág. 214), bem como Moacyr Amaral Santos ("Primeiras Linhas de Direito Processual Civil", Vol. II, Ed. Saraiva, 1987, pág. 376).

Outros entretanto, não vêem qualquer antinomia entre o art. 333 e 130 do C.P.C., sustentando a plena utilização deste último.

Orientam-se, para chegar a tal conclusão, pela tese de que o art. 333 do C.P.C. dispõe sobre regras de julgamento.

Vale dizer, as partes produzirão provas sobre os fatos pertinentes, mesmo que não enquadráveis, nos incisos I e II do art. 333 do C.P.C..

O art. 333 não estabelece limites à atividade das mesmas.

Melhor dizendo, nada impede que o autor produza provas da incoerência dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do seu direito, bem como nada impede que o réu produza prova da incorrência do fato constituintes do direito do autor.

O art. 333 opera, apenas, quando, produzidas todas as provas, inclusive as oficialmente determinadas, permanecer o julgador em dúvida inafastável.

Nesse sentido, as posições de Bedaque e Hélio Márcio Campo (Ob. cit., pág. 81 e Ob. cit. págs. 30/31).

4.7. Aponte-se, no seio da controvérsia sobre a prevalência dos poderes do juiz sobre o das partes ou Vice-versa, a original posição do Prof. João

Batista Lopes, em certa "in" "Rev. dos Tribs" nº 716/42-47.

Vislumbra ele um ponto de acomodação entre os poderes das partes e do juiz, mostrando que os deste último são naturalmente limitados em determinadas hipóteses.

É o caso do interrogatório das partes, onde não sobrevém confissão, como acontece no depoimento pessoal, bem como no da prova testemunhal, em que o juiz dificilmente encontrará fontes outras que não as indicadas por elas e na prova documental, cujo acesso do juiz será mínimo, ao contrário das partes, investigadoras por excelência das fontes de convicção.

Isso leva a uma interpenetração dos poderes de forma a criarem um micro universo harmônico.

5. CONCLUSÕES

Irretocáveis nos parecem as considerações sobre o processo como meio de atuação de Poder Jurisdicional, voltado ao bem comum, através dos escopos jurídico e de pacificação social justa, o que maximiza o caráter público da relação processual, realçando a figura do Juiz como condutor da mesma e dotado de poder voltado à produção da prova, mesmo através de fontes que as partes não tenham carreado aos autos.

Correta, também, sob o nosso entendimento, a tese de que o art. 333 do C.P.C. enuncia meras regras de julgamento.

Observável, no entanto, que malgrado não sofra o Juiz limitações ao poder que lhe confere o art. 130 do C.P.C., percebe-se, em todos os autores, uma preocupação de prudência na utilização do mesmo.

Na verdade, o que pode ocorrer, concretamente, em função das particularidades de cada processo, é a necessidade de se colocar em relação de proporção a faculdade do art. 130 do CPC, insita à sua condição de Poder e pertinente ao Princípio da Efetividade do Processo, com o Princípio da Igualdade das Partes.

Tais princípios podem, eventualmente, entrar em choque, cumprindo ao Juiz, em cada caso, determinar a compressão de um deles em benefício do outro.

Deve, em síntese, utilizar-se do princípios da Proporcionalidade, implicitamente contidos na Constituição, na medida em que é via de harmonização dos princípios e direitos fundamentais nela agasalhados, quando em confronto.

Ressalte-se que o desenvolvimento dos estudos sobre o Princípio da Proporcionalidade tem, quer no nível doutrinário, quer no nível jurisprudencial, inclusive alienígena (caso do Tribunal Constitucional Alemão), conduz às seguintes conclusões:

a) a proporcionalidade, em sentido amplo, significa razoabilidade e limitação do excesso de Poder;

b) a proporcionalidade impõe-se em decorrência dos seguintes fatos: a) todos os direitos e princípios constitucionais, na medida em que previstos na Carta Magna, devem ser preservados pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (Princípio da Unidade); b) quando os Poderes, em suas atividades específicas, deparam-se com o confronto entre os direitos e princípios, não podem, então, ignorar um deles, devendo respeitar o núcleo essencial de todos (Teoria da Proteção do Núcleo);

c) a proporcionalidade, que opera como elemento propiciador da atividade pública que, ao mesmo tempo, respeita e limita os direitos e princípios constitucionais em colisão, composta de três subprincípios: a) adequação da providência eleita ao fim social pretendido; b) necessidade da utilização da providência escolhida; c) proporcionalmente em sentido estrito, que significa a ponderação entre as desvantagens dos meios em relações as vantagens do fim (Nesse sentido, as lições de J. J. Gomes Canotilho ("Direito Constitucional e Teoria da Constituição", Ed. Almedina, págs. 259/263), Raquel Denize Stumm (ob. cit. págs. 78/82), Suzana de Toledo Barros ("O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritas de Direitos Fundamentais", Ed. Brasília Jurídica, 1996, págs. 67/84) e Luís Roberto Barroso ("Interpretação e Aplicação da Constituição" - Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora - Ed. Saraiva, 1996, págs. 208/209);

d) o princípio da proporcionalidade identifica-se com o princípio do devido processo legal, visto como de natureza substancial e processual.

Observável que o princípio da proporcionalidade tem encontrado guarida em manifestações do Supremo Tribunal Federal (Suspensão de Segurança no 1.320/9, Rel. Ministro Celso de Mello, D. J. de 14.04.99, Seção 1, p. 23, merecendo conferência outras emanações do Excelso Pretório lembradas por Suzana de Toledo Barros, "in" Ob. cit. págs. 98/125).

Finalizando, obtemperem-se que cumprirá ao juiz, em cada caso, estabelecer a prevalência ou não do seu poder de provar, frente ao princípio da igualdade das partes, não havendo como se estabelecer regras "a priori" de prevalência, excetuado, é claro, a hipótese de ser indisponível o interesse em confronto, quando, prevalecerá em toda linha o art. 130 do CPC.

BIBLIOGRAFIA

- ALVIM, Arruda - Código de Processo Civil Comentado, Vol. V;
- BARROS, Suzana de Toledo - "O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais", ed. Brasília Jurídica, 1996;
- BARROSO, Luís Roberto - "Interpretação e Aplicação da Constituição" - Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora, ed. Saraiva, 1996;
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos - "Direito e Processo", ed. Malheiros, 1995;
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos - "Poderes Instrutórios do Juiz", ed. RT, 1991;
- BOBBIO, Norberto - "O Positivismo Jurídico", ed. Ícone, 1996;
- BONAVIDES, paulo - "Curso de Direito Constitucional", ed. Malheiros, 7ª ed.;
- CAMPOS, Hélio Márcio - "O Princípio Dispositivo em Direito Probatório", ed. Livraria do Advogado, 1994;
- CANOTILHO, J. J. Gomes - "Direito Constitucional e Teoria da Constituição", ed. Almedina;
- CHAUÍ, Marilena - "O que é Ideologia", ed. Brasiliense, 1980;
- CHIOVENDA, Guiuseppe - "Instituições de Direito Processual Civil", 1ª Vol., ed. Saraiva, 1965;
- DINAMARCO, Cândido Rangel - "A Instrumentalidade do Processo", ed. RT., 1987;
- GOMES, Sérgio Alves, "Os Poderes do Juiz na Direção e Instrução do Processo Civil", ed. Forense, 1995;
- LOPES, João Batista, "Rev. Tribunais" 716/42-47;
- MELENDO, Santiago Santis, "La Prueba", ed. Buenos Aires, E.V.E.A., 1978;
- MIRANDA, Vicente - "Podres do Juiz no Processo Brasileiro", ed. Saraiva, 1993;
- NALINI, José Renato - "O Juiz e o Acesso à Justiça", ed. RT 1994;
- NEGREIROS, Tereza - "Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé", ed. Renovar, 1998;
- PASSOS, J. J. Calmon de - "Direito, Poder, Justiça e Processo", ed. Forense, 1999;
- REALE, Miguel - "Teoria Tridimensional do Direito - Situação Atual", ed. Saraiva, 1994;
- SANTOS, Moacyr Amaral - "Primeiras Linhas de Direito Processual Civil", Vol. II, ed. Saraiva, 1987;
- SILVA, Ovídio Baptista da - "Curso de Processo Civil", ed. Sérgio Antonio Fabris, Vol. I, 1987;
- STUMM, Raquel Denize - "Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro", ed. Livraria do Advogado, 1995;
- TOJAL, Sebastião Botto de Barros - "Os 10 Anos da Constituição Federal" - Coordenação de Alexandre de Moraes Atlas, 1999;