

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA I**

RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER

SIMONE LETÍCIA SEVERO E SOUSA

PEDRO AUGUSTO GRAVATÁ NICOLI

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, Simone Letícia Severo e Sousa, Pedro Augusto Gravatá Nicoli – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-130-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetivação da justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

No volume ora apresentado, os artigos produzidos para o Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido em Belo Horizonte em novembro de 2015, constituem um testemunho histórico do atual momento do processo e da jurisdição no Brasil e em escala global. Seja como técnica, campo do saber jurídico, zona de vivências e arena para o entrecruzamento de demandas sociais das mais variadas ordens, o processo foi problematizado à luz de uma premissa que emerge do conjunto dos textos: a ideia de acesso efetivo à justiça. Tal acesso, aqui, é tomado de forma materializada, em seu sentido substancial, reconectando a dimensão jurídico-processual com seus fins últimos e com os caminhos (e descaminhos) de seu alcance. Como instrumento de realização de direitos e garantias fundamentais, resulta da leitura dos textos uma reinvenção necessária dos sentidos últimos do processo.

Para tanto, a dimensão principiológica do processo é compreendida como repositório dos valores mais caros à realização da justiça, não apenas como idealidade, mas como concretude no e pelo processo. A ocasião da edição do novo Código de Processo Civil brasileiro torna ainda mais oportuno o momento reflexivo e convida a situar o processo numa crise estabelecida na função jurisdicional. O alto índice de litigiosidade, o congestionamento processual e os entraves materiais e formais a uma prestação de mérito e exequível tornam tal retomada de fundamentos uma necessidade premente. E, diante dessas condições, a criatividade das análises produzidas sinaliza possíveis rotas de avanços.

É o caso do conjunto de reflexões em torno da ideia de cooperação processual. Concebida como medida de racionalização sistêmica do processo (e não como quimera a sublimar os conflitos e desconsiderar a posicionalidade das partes), a cooperação desenha seus conteúdos concretos, em deveres das partes, de seus representantes e do juiz. O imperativo constitucional da razoável duração do processo, consectário processual da ideia de justiça em si, torna as análises das formas jurídicas de cooperação, mais uma vez, uma necessidade. Talvez se desenhe ali um efetivo princípio jurídico, a contar das proposições de alguns dos trabalhos deste volume, em reconhecimento a uma densidade normativa própria, um dever de cooperar. O caráter adversarial do processo, contudo, não é pura e simplesmente mascarado, mas se faz acompanhar de um dever de lealdade processual que se engaje, em suas dimensões sistêmicas, com a própria realização da justiça.

É o mesmo cenário a alimentar a rica reflexão em torno das demandas repetitivas, da coletivização do processo e da expansão das possibilidades de precedentes judiciais. Aqui, a jurisdição é instada a um exercício de autoanálise que exponha cruamente as arestas da idealização de um livre convencimento motivado em isolamento, como espaço mítico de redenção jurídico-processual. A percepção de que as decisões judiciais interagem de maneira permanente e dão corpo à jurisdição como exercício, invariavelmente supera a imagem de um julgador isolado na prática de função meramente técnica.

A figura do juiz, aliás, merece espaço destacado nos textos produzidos. Submetida ao conjunto das análises constitucionais e políticas que as últimas décadas legaram, a função jurisdicional é posicionada de maneira crítica nas matrizes do Estado Democrático de Direito. Poderes e prerrogativas na condução do processo são recolocados em interação com seus sentidos materiais. As complexidades de um itinerário simplificador que move o juiz de um autômato técnico a um ativista processual são desnudadas, instando o processo a compreender melhor a posição de um de seus atores determinantes. E compreendê-la de forma mais democrática, sensível a impactos sistêmicos, ciente de limitações e propositiva.

O quadro se completa com análises concretas de momentos processuais chave. A execução e o alcance patrimonial ganham uma centralidade na reflexão que se compatibiliza com a importância concreta que têm.

A conclusão, em resumo, não poderia ser outra. O vigor do processualismo brasileiro mesmo diante de um quadro aterrador de crise na entrega da prestação jurisdicional (ou até mesmo por ele) se renova. O conjunto dos artigos aqui apresentados é prova da necessidade de difusão do engajamento da reflexão jurídico processual para que, como propôs Amartya Sen, se possam remover injustiças concretas e diárias. Para que se chegue a um processo que contribua para a superação dos privilégios, da desigualdade, que se compreenda criticamente e se alimente, quase que de maneira obcecada, sua razão de ser: o acesso material, integralizado, maximizado à justiça.

Coordenadores do GT:

Prof. Dr. Pedro Augusto Gravatá Nicoli

Professor Adjunto da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). É Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela UFMG. Concluiu Pós-Doutorado (2015) junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, com bolsa

CAPES/PNPD. Esteve em temporada de pesquisas junto ao Collège de France, como parte de um programa de Doutorado-Sanduiche no Exterior, com bolsa da CAPES. Foi pesquisador visitante na Organização Internacional do Trabalho, no Instituto de Estudos Avançados de Nantes e na Universidade de Estrasburgo.

Profa. Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

Pós-Doutora em Direito pela UFSC; Doutora em Direito pela UFPR; Advogada e Professora Universitária; Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande RS; Professora da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público POA-RS.

Profa. Dra. Simone Letícia Severo e Sousa

Possui graduação em Letras pelo Centro Universitário de Patos de Minas UNIPAM (1997), graduação em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas UNIPAM (2000). Especialização em Direito Civil e Direito Processual Civil (2001). Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Franca (2003). Foi professora no curso de Direito FADIPA-UNIPAM (2001-2008). Doutora em Direito Público. Foi professora substituta do curso de Direito da UFMG (2008). Atualmente é coordenadora do curso de Direito da Unifenas/BH Universidade José do Rosário Vellano. Coordenadora do Curso de pós-graduação (lato sensu) Novas tendências do Direito Civil e do Direito Processual Civil (Unifenas BH).

OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ EM FACE DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO E DA GARANTIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

THE INSTRUCTIVE POWER OF JUDGE AGAINST OF THE INSTRUMENTALITY OF THE PROCESS AND THE GUARANTEE OF PERSONAL RIGHTS

Ivan Aparecido Ruiz
Heitor Filipe Men Martins

Resumo

O juiz, enquanto representante do Estado, possui função ímpar na condução do processo e na aplicação do direito material aos casos submetidos a sua análise. Aliado a isto, a visão publicista do fenômeno processual é incompatível com a figura do juiz meramente espectador, principalmente em relação aos direitos da personalidade. Por assim o ser, o presente trabalho objetiva verificar o correlacionamento existente entre os poderes instrutórios do juiz e a imparcialidade do julgador, em vista da tutela do direito das pessoas. Sopesando os argumentos das doutrinas tradicionais e modernas, constata-se ser necessário encontrar um ponto de equilíbrio que justifique os poderes instrutórios do juiz, desde que não viole aos princípios processuais e constitucionais. Neste estudo foram utilizados elementos doutrinários e revisão literária a fim de adequar os estudos teóricos ao dia-a-dia forense. Conclui-se, portanto, que é necessário ampliar os poderes instrutórios do magistrado em prol da instrumentalidade do processo e da busca da verdade com o fito de atingir o fim social da jurisdição e a plena efetivação dos direitos da personalidade, sem, contudo, abrir mão de direitos que são inerentes ao próprio ordenamento processual.

Palavras-chave: Poderes instrutórios do juiz, princípio da imparcialidade, Instrumentalidade do processo, Princípio da busca da verdade, Direitos da personalidade

Abstract/Resumen/Résumé

The judge is the representative of the State and has the main function of conducting the process and applying the law to cases submitted to his analysis. Also the judge is the public representative, and then his action cannot be just a spectator, especially in front of situations that involves personal rights. Thus, the aim of this paper is to verify the relationship between the instructive power of the judge and his impartiality against of the people rights. Relating the arguments of traditional with modern doctrines, it seems to be necessary to find a balance point that justifies the instructive powers of the judge, since that does not infringe the procedural and constitutional principles. In this study, legal doctrine elements and literature review were used to fit the theoretical studies to daily forensic. Therefore, it is concluded that it is necessary to expand the instructive powers of the judge towards the instrumentality of

the process and the search for truth with the purpose of achieving social order of jurisdiction and effectuation of the personal rights, without, however, giving up the rights attached to the procedural order itself.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Instructive powers of judge, Impartiality principle, Instrumentality of the process, Principle of the search for truth, Personal rights

INTRODUÇÃO

A questão do poder instrutório do juiz no processo civil contemporâneo tem sido objeto de longas controvérsias, tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais. Existe, concretamente, uma realidade que os juristas não podem negar, qual seja a da aplicabilidade prática dos preceitos processualmente garantidos em prol da efetividade da jurisdição e da efetivação dos direitos da personalidade. Destaque-se que tal tema possui uma íntima relação com o princípio da imparcialidade do julgador, já que não existem dúvidas de que ambos estão correlacionados.

No momento em que se afirma que ao juiz é conferido o poder de atuar de ofício no andamento processual, a fim de que sejam garantidos os direitos da personalidade, surge a necessidade de determinar quais são estes poderes e quais são os seus limites, vez que apenas desta forma poderá se trazer elementos que justifiquem a mitigação ou ampliação dos poderes oficiais do julgador. Assim, os problemas levantados por tal questão são suficientemente numerosos e importantes para justificar um estudo mais aprofundado sobre o tema.

As provas são de fundamental importância para o mundo jurídico porque envolvem o emprego do direito material no direito processual, permitindo a busca da verdade como forma de garantir a própria instrumentalidade do processo e defesa dos interesses tanto dos litigantes, quanto da sociedade.

Para a elaboração do presente trabalho, foram utilizados os eixos teóricos apresentados pelos doutrinadores Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover, Elimar Szaniawski, José Roberto dos Santos Bedaque e Arthur César de Souza, por meio de revisão literária, visando a análise da possibilidade de o juiz produzir determinadas provas de ofício sem que com isso interfira em sua parcialidade positiva e nas garantias processuais.

A noção da imensidão do tema aliada à incontroversa necessidade de buscar uma justificativa para os atuais movimentos internacionais em prol da atuação do juiz são fundamentais para qualquer jurista que esteja envolvido com o direito, já que é cediço que as suas consequências vinculam toda sociedade.

2 A APLICABILIDADE PRÁTICA DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NA DEFESA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A personalidade constitui um conjunto de caracteres do próprio indivíduo, de modo que, conforme entendimento exarado por Elimar Szaniawski (2005, p. 70), a personalidade corresponde ao primeiro bem pertencente à pessoa. Neste mesmo sentido, Pontes de Miranda

(2004[b], p. 25) afirma que é esta personalidade que propiciou a entrada do ser humano no mundo jurídico, de forma que corresponde ao primeiro bem pertencente à pessoa, sendo, portanto, a gênese e base de todo o direito civil material, obrigacional e pessoal.

Ora, se a personalidade é “[...] indispensável ao direito, porque o direito se concebe como uma organização de vida em que, [...], se expandem as faculdades dos indivíduos e dos agrupamentos humanos” (BEVILÁQUA, 1953, p. 79-80), não restam dúvidas de que o ordenamento jurídico, por meio de seus instrumentos de efetivação, devem resguardar as conquistas e procurar favorecer os direitos da personalidade no próprio âmbito do processo civil.

Por assim o ser, os fatos relacionados à imparcialidade do juiz no processo e a sua consequente atuação instrutória na defesa dos direitos da personalidade, além de estarem em pauta em diversas discussões doutrinárias, ainda têm repercutido muito nos entendimentos exarados nas sentenças de primeiro grau e nos acórdãos dos tribunais, justiça, regionais e superiores.

Sob a perspectiva dos poderes instrutórios do juiz e dos princípios processuais que regem a atuação estatal, há de se observar que os julgadores, modernamente, têm adquirido maior poder inquisitivo no próprio âmbito do processo civil, eis que por vezes fala-se da busca da *verdade real* em oposição à busca da *verdade formal*. Contudo, tal atuação traz à tona diversas discussões atinentes aos limites de sua atuação jurisdicional.

Por assim o ser, é comum verificar na prática a existência de decisões contraditórias entre si e que provocam uma excitação doutrinária acerca da atuação de ofício do julgador.

Enquanto por um lado, alguns entendem que o juiz é mero espectador das provas, outros entendem que a atuação oficial constitui uma garantia constitucional em prol da efetividade e instrumentalidade do processo civil, eis que o direito subjetivo material dos litigantes é alcançado por meio do processo, e é por intermédio deste instrumento que os direitos da personalidade atingem sua plena efetivação quando violados.

2.1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE ENQUANTO OBJETOS A SEREM PROTEGIDOS

Historicamente a conceituação de personalidade esteve relacionada à própria aptidão para adquirir direitos e deveres (BEVILÁQUA, 1953, p. 80), de modo que, seria apenas através dela que as pessoas poderiam adquirir e defender todos os demais bens. Contudo, em que pese a afirmação possuir força jurídica e relevância para o direito, há de se observar que contemporaneamente o conceito de personalidade não se limita a esta mera aptidão, sendo,

hoje, algo muito mais amplo do que a própria capacidade, estando atrelada à garantia da pessoa de possuir o direito a uma existência jurídica própria e de ser sujeito de direitos.

Tal fato é facilmente constatado no próprio ordenamento jurídico pátrio, em que se atribui personalidade jurídica a todos os seres humanos e também a algumas pessoas abstratas, de modo que o próprio direito procura resguardar os direitos e liberdades de cada ser, estando, pois, atrelado à própria conceituação de direito da personalidade, ou melhor, a personalidade além de conferir ao titular direitos e obrigações, é, ao mesmo tempo, fundamento para a sua própria incidência (BEVILAQUA, 1953, p. 80).

Uma vez reconhecida a importância da temática para o direito e a sua ampla aplicação no direito material, conforme bem exposto por Adriano de Cupis, “o ordenamento jurídico é, pois, árbitro na atribuição da personalidade” (2004, p. 20), ou seja, como a personalidade constitui condição de todos os direitos e obrigações jurídicas, deve o ordenamento jurídico defendê-lo e atuar em prol de sua plena efetivação, eis que a personalidade seria interior ao sistema jurídico (MIRANDA, 2004 [b], p. 28).

Neste diapasão, não restam dúvidas de que a proteção dos direitos da personalidade corresponde à defesa do próprio direito e da aplicação concreta da dignidade da pessoa humana – sendo esta dignidade o núcleo essencial de todo o conteúdo normativo abstratamente fixado, conforme entendimento de Canotilho (2007, p. 459-460).

Ora, em que pese os direitos da personalidade estarem presentes no próprio ordenamento jurídico pátrio, no corpo da Constituição Federal e integrar, conforme exposto, um dos mais importantes conceitos das ciências jurídicas (dada a sua multiplicidade de bens tutelados e influências sociais), de nada adianta possuir regulamentação se não forem aplicados na prática, de modo que, nas palavras de Norberto Bobbio, “(...) o problema mais grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais fundamentá-los, e sim protegê-los” (1992, p. 25).

Assim, vislumbra-se na prática a necessidade de se criar um sistema processual democrático para efetivar o próprio objetivo do Estado Democrático de Direito, de modo que o processo deve ser visto como o instrumento de realização dos escopos do Estado.

Em outras palavras, sendo o país um estado democrático, é apenas por meio do exercício do poder que a democracia pode se efetivar. Contudo, este poder apenas se dá por meio da legitimação, de modo que é obrigatório que o princípio da legitimidade conduza o exercício do poder estatal, a fim de conferir ao juiz o poder de decidir e de se motivar quanto aos fatos jurídicos litigiosos.

Sob esta perspectiva, a defesa dos direitos da personalidade, enquanto inerentes ao próprio ser social, devem estar integrados ao próprio fim do processo, de modo que o juiz, por possuir legitimidade de decisão e motivação, pode agir de ofício em determinados casos, desde que não haja violação aos próprios princípios processuais.

Ressalte-se, inclusive, que tal tema tem repercutindo no direito estrangeiro e diversos são os entendimentos sobre o tema.

2.2 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E O DIREITO COMPARADO

É incontroverso que com a insatisfação de alguma pessoa em razão de pretensão que não pôde ser satisfeita, o Estado poderá ser chamado a desempenhar sua função jurisdicional. Desta forma, pode-se dizer que o direito processual é instrumento a serviço do direito material (CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, 2011, p. 46), ou seja, o direito material é tutelado pelo próprio poder estatal.

Como se não bastasse isso, também é cristalino no ordenamento jurídico e no entendimento dos juristas que o julgador não pode deixar de apreciar determinada demanda, seja pelo princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional prevista no art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ou seja, pela regra do art. 126 do Código de Processo Civil de 1973 (art. 370 da Lei 13.105 de 16 de março de 2015 – novo Código de Processo Civil).

E é justamente neste encontro de certezas jurídicas que a emblemática questão da instrução probatória realizada pelo julgador ganha destaque, eis que, o Estado moderno exerce o seu papel para a solução de conflitos interindividuais sob a ótica da jurisdição, de modo que a forma como o juiz encara o processo traz importantes consequências sociais, afetando, diretamente no resultado do processo e na credibilidade da justiça.

Para que o magistrado possa exercer plenamente sua função é necessária a cooperação das partes envolvidas de modo que os acontecimentos possam ser comprovados por meio da instrução probatória.

Ocorre que inúmeras são as oportunidades em que o processo não traz elementos suficientes acerca das alegações tecidas pelas partes, o que impede que o julgador forme o seu convencimento e possa dar uma solução plena ao caso submetido a sua tutela e, como consequência, pode prejudicar a proteção a um direito da personalidade que está sendo violado em determinado ato.

Assim, este arcabouço acaba permitindo que a jurisprudência moderna apresente soluções diferentes para casos semelhantes. Isso se dá devido à própria omissão da lei quanto

aos limites conferidos ao juiz, sendo que determinadas decisões se pautam mais nas garantias processuais, enquanto que outras se pautam nas teorias modernas que buscam um conceito de direito mais aproximado ao conceito de justiça (ALMEIDA FILHO, 2008, p. 146).

O fato é que a justiça brasileira está entrando em uma nova era cujo entendimento do direito está mais relacionado à própria instrumentalidade do processo e à busca da pacificação social, conforme própria estrutura do sistema da *civil law* e estrutura proposta pela Lei Federal n. 13.105 de 2015 que aumenta e favorece as mediações como forma de evitar conflitos.

Trata-se, portanto, de uma forma de garantir a existência de um processo democrático, em que prevaleça a igualdade substancial (que, para alguns doutrinadores, se dá mediante a participação efetiva do juiz no processo) (MARINONI, 1993, p. 71).

Ressalte-se, oportunamente, que não se busca a concretização de uma teoria única em que os poderes do juiz estejam submetidos e delimitados por lei, mas se busca uma coerência judicial na análise dos casos, tomando por base os princípios processuais e constitucionais, e a garantia da efetivação dos direitos da personalidade.

É indubitável a necessidade de ampliar o poder jurisdicional, seguindo até mesmo a atual tendência internacional à luz das doutrinas e legislações estrangeiras. Assim, é necessário que a comunidade jurídica traga estas discussões para dentro da prática forense a fim de impedir que decisões contraditórias, e por vezes confusas, impeçam a plenitude da justiça e deixem os aplicadores de direito desorientados quanto às premissas que devem guiar o conjunto probatório.

No direito comparado existem, sucintamente, dois modelos: um que proíbe totalmente a atividade instrutória do juiz e outro que permite tal atividade (ainda que em maior ou menor medida).

Enquanto expoente máximo do modelo tradicionalista, no judiciário norte-americano, através do *adversary system* (CAMARA, 2008, p. 37), o juiz é meramente um sujeito passivo, não possuindo qualquer tipo de iniciativa instrutória. Diferentemente do que é aplicado no direito espanhol (BEDAQUE, 2013, p. 83), cujas bases doutrinárias estão respaldadas pelo princípio dispositivo, conforme se verifica no art. 429 da Ley de Enjuiciamiento Civil, de 2000.

Art. 429. [...] Quando o tribunal considerar que as provas propostas pelas partes possam ser insuficientes para o esclarecimento dos fatos controvertidos, manifestar-se-á às partes, indicando o fato ou fatos que possam ser afetados pela insuficiência probatória. Ao se manifestar, o tribunal, verificando os elementos probatórios presente nos autos, poderá

indicar também a prova ou prova cuja produção considere conveniente. [tradução nossa]¹.

Em outro viés, a legislação alemã admite a ampla iniciativa probatória do juiz (CAMARA, 2008, p. 37), havendo limitação apenas no que atine à prova testemunhal (pois esta é a única que depende exclusivamente da iniciativa parte), sendo que a reforma legislativa da *Zivilprozessordnung* ocorrida em 27/07/2001 ampliou ainda mais os poderes do julgador (BEDAQUE, 2013, p. 84-85). Ressalte-se, inclusive, que este modelo é seguido pela lei sueca e colombiana.

Já a legislação francesa confere ao magistrado poderes muito amplos, conforme se infere do próprio art. 10 do *Nouveau code de procédure civile*, o qual afirma que o juiz tem poder de ordenar todas as medidas de ofício, desde que legalmente admissíveis:

Art. 10. O juiz tem o poder de ordenar de ofício todas as medidas de investigação, legalmente admissíveis. [tradução nossa]².

Já o Direito italiano, a rigor, estabelece que a decisão deve ser fundada nas provas apresentadas pelas partes, de modo que, a fim de se evitar o caráter inquisitório do processo civil, a lei atribui caráter taxativo e excepcional a atuação *ex officio*. Ressalte-se, contudo, que na Itália diversos doutrinadores têm defendido a instituição de um caráter mais ativo do juiz.

A exemplo disso, Piero Calamandrei se manifesta quanto à necessidade da figura do juiz instrutor, o qual deve “[...] ser um estimulador das partes, um buscador ativo da verdade, mesmo quando as partes não saibam ou não queiram descobri-la” (1999, p. 307).

Ressalte-se, ainda que o próprio código austríaco de 1895 já admitia amplamente a investigação oficial, tomando por base o fato de que o processo não pertence às partes, mas sim possui um caráter público (BEDAQUE, 2013, p. 90). Sendo que o mesmo decorre do próprio direito português, o qual, após ser reforçado pelos Decretos-leis 329-A/95 e 180/96, aumentou ainda mais os poderes do magistrado.

Assim, conforme bem exposto por José Carlos Barbosa Moreira (2003, p. 58), o que se verifica na prática é um confronto das ideologias dos maiores sistemas de ordenamentos

¹ Do original: “Art. 429. [...] Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a sujuicio, podrían verse afectados por La insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, citándose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente”. ESPANHA. Lei nº 1, de 08 de janeiro de 2000. Ley Enjuiciamiento Civil. Madrid, 8 jan. 2000. n. 7. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2000-323>. Acesso em: 18 set. 2014.

² Do original: “Art. 10. Le juge a le pouvoir d’ordonner d’office toutes les mesures d’instruction, légalement admissibles.”

FRANÇA. Code de Procédure Civile. Paris, Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20141007>>. Acesso em: 18 set. 2014.

jurídicos que fundamentam os países, quais sejam a civil law (mais comum nos países de origem romano-germânica) e a common law (mais comum nos países de origem anglo-saxônica).

Nos países cuja estrutura jurídica está embasada na common law o juiz possui um papel mais passivo em matéria probatória, a exemplo do próprio ordenamento norte-americano, conforme já exposto acima.

Contudo, embora seja visivelmente mais rígida, é certo que hodiernamente, influenciado pelas novas tendências e visando uma ampliação da justiça, a própria Inglaterra (representante da *commum law*), tem se mostrado adepta a alterar o seu entendimento e reanalisar a questão probatória, fato este que teve origem com o advento das *Rules of Civil Procedure* (MOREIRA, 2003, p. 60).

Por outro lado, a *civil law* caracteriza-se por ser mais flexível, mas embora traga a diferenciação entre os princípios dispositivo e inquisitivo. Os países que se utilizam desta estrutura, tais como o Brasil, Alemanha, França e Espanha, permitem a investigação de ofício do próprio julgador, embora haja, obviamente, diferentes gradações entre os países, conforme exposto supra.

Desta forma, conforme se verifica, tanto no Brasil como no direito estrangeiro estão sendo desenvolvidas novas linhas ideológicas acerca deste tema. Assim, a análise comparativa e o estudo aprofundado do tema propiciam a evolução do ordenamento jurídico pátrio e a possibilidade de decisões justas e equânimes.

2.3 TEORIA DE LIEBMAN E A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

A discussão acerca dos poderes instrutórios do magistrado guarda relação com o próprio conceito de ação difundido pelo ordenamento jurídico pátrio e sua consequente relação com a atividade jurisdicional. Logo, antes de se adentrar profundamente na discussão sobre a atuação oficial do julgador é necessária a compreensão da teoria de Liebman, para que assim se possa defender ou criticar a atual tendência processual internacional, conforme anteriormente apresentado.

A ciência jurídica, ao longo do tempo concebeu diversas teorias relacionadas ao direito constitucional da ação, dentre as quais se destacam as teorias da ação concreta, abstrata e eclética.

A teoria concreta afirma que a ação somente seria aplicável a quem tem razão (VARGAS, 2014), ou seja, a ação seria o direito à sentença favorável, possuindo como expoente máximo o doutrinador italiano Giuseppe Chiovenda.

Já a teoria abstrata estabelece que o direito de ação corresponde ao pronunciamento jurisdicional, ou seja, afasta o direito de ação do direito material, relacionando-o somente à prestação jurisdicional, independentemente se favorável ou não. De forma que o direito de ação existe mesmo quando a sentença nega procedência ao pedido do autor.

Por fim a teoria eclética (atualmente aplicada no ordenamento jurídico pátrio), formulada pelo doutrinador italiano Enrico Tullio Liebman, estabelece o direito de ação como o exercício do Estado-juiz, de modo que a ida ao judiciário constitui uma obrigação para dirimir conflitos (DIDIER JUNIOR, 2013, p. 229).

Para o doutrinador italiano, o direito de ação não está vinculado a uma sentença favorável (que é defendida pela teoria concreta), mas também não é totalmente desvinculado deste direito material (conforme preconiza a teoria abstrata). Logo, “[...] somente se pode falar em ação se o processo terminar com a solução do caso concreto, ou seja, do litígio deduzido na inicial, ainda que o resultado seja desfavorável ao autor”. (BEDAQUE, 2013, p. 49).

Constata-se, então, que a própria teoria de ação encontrada no ordenamento jurídico brasileiro está relacionada à instrumentalidade do processo, já que tal vertente teórica tratou de apresentar a natureza instrumental do direito de ação.

E neste diapasão emerge a necessidade de se discutir a atuação do Estado em prol das provas produzidas pelas partes e pela busca da verdade real nos casos em que envolvam os direitos da personalidade, eis que, conforme bem exposto por Cândido Rangel Dinamarco, a ciência processual, embora possua um objeto e método próprio, possui um caráter instrumental, ou melhor, é um instrumento para atingir determinado fim.

Desta sorte, “[...] o processo é meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como ao fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos e da execução das leis”. (DINAMARCO, 2009, p.180)

Se, após o exercício do direito de ação, o processo se encerrar sem que o Estado tenha proferido decisão concreta, não haverá nenhuma contribuição para o ordenamento pátrio e nem para a sociedade, havendo, na realidade, um considerável prejuízo para coletividade quando os direitos da personalidade não forem plenamente analisados.

Disso se conclui que a ação, enquanto instituto processual, provoca a função jurisdicional, que possui por escopo a pacificação social e a manutenção da justiça.

3 A (IM)PARCIALIDADE DO JUIZ

O processo civil, enquanto instrumento de persecução de caráter instrumental que visa dar efetividade às leis materiais e busca a pacificação social (CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, 2011, p. 47), é pautado e norteado por diversos princípios e normas que regem a sua atuação, os quais conferem ao múnus jurisdicional a confiança pública.

Os princípios representam “[...] o caminho para alcançar o estado de coisas ideal visado na aplicação do conjunto de normas analisado” (THEODORO JUNIOR, 2014, p. 24).

Entre tais princípios, a imparcialidade do julgador possui grande relevância, eis que o direito processual civil está embasado na solução de conflito por heterotutela, em que a lide é resolvida através da intervenção de uma terceira pessoa representada na figura do juiz.

Deveras, se é defeso à parte utilizar-se de suas próprias forças para a resolução do conflito, o Estado, enquanto detentor do poder, deve prestar a tutela necessária com absoluta isenção de propósitos, a fim que possa fazer jus à confiança que lhe foi depositada, não contaminando a figura do órgão jurisdicional.

Não restam dúvidas de que a imparcialidade do juiz é condição *sine qua non* do legítimo exercício da função jurisdicional, já que se trata de uma garantia de que a causa será processada e julgada por terceiro não envolvido no litígio.

Desta forma, é imprescindível a presença do “juiz imparcial”, ou seja, o juiz deve agir de modo totalmente isento em sua decisão e agir de modo desinteressado com as partes, vez que não pode estar ligado aos desejos pessoais dos litigantes e nem possuir interesse subjetivo na resolução da lide, já que desta forma deixaria de atuar como representante da lei e dos interesses legais para atuar como litigante no processo, prejudicando a isonomia no tratamento e na resolução dos casos.

Em que pese muitas vezes se falar da “imparcialidade” do juiz, há de se fazer uma ressalva, principalmente quanto ao moderno direito processual civil, eis que diferentemente do que comumente é dito, o juiz é parte no processo, porém não é uma parte que integra os polos da lide, mas sim que possui um interesse social e público na condução do processo.

Na concepção de Umberto Allegretti, o próprio magistrado possui interesse no resultado a ser obtido no processo, estando ele relacionado ao anseio por uma decisão justa e equânime (1965, p. 61 citado por BEDAQUE, 2013, p. 49).

O que o princípio visa impedir é a parcialidade negativa do órgão jurisdicional, ou seja, impedir que o julgador atue de forma a prejudicar uma das partes em favor da outra. Procura-se, por via de consequência, exigir que sejam oportunizadas às partes as mesmas

chances, impedindo o estabelecimento de distinções entre elas, seja por meio da indiferença ou de questões pessoais.

Frise-se que o julgador não é imparcial pelo simples fato de não estar em um dos polos na relação jurídica processual, mas sim, por ser uma “parte imparcial”, conforme entendimento exarado por Arthur César de Souza (2008, p. 51).

Sob esta perspectiva e sob a influência das novas ideologias, o entendimento doutrinário e jurisprudencial superou a antiga tendência de que a imparcialidade do juiz está atrelada ao distanciamento do julgador ao caso submetido à sua apreciação. Desta forma, o julgador moderno deve analisar o processo e seu direcionamento com o intuito de conduzir a lide para um desfecho válido e seguro.

O que se procura hodiernamente é desvincular da ideia de que o juiz é totalmente imparcial, mostrando que, na realidade, o sistema jurídico preconiza a existência de um julgador que é parte imparcial, que não pode ser confundido com a figura do juiz partícipe.

Insta salientar que a questão relacionada à imparcialidade do julgador foi sendo alterada com o passar do tempo, eis que em cada período uma nova abordagem foi sendo apresentada, por exemplo, na Grécia Antiga os conflitos eram resolvidos pelas próprias partes através de lutas sem a interferência de juízes (na qual, para eles, eram os deuses quem auxiliariam quem estava certo), já no Direito Canônico surge a ideia de sentença vinculada ao combate às heresias. Após, já no Sec. XVII e XVIII, passou-se a difundir a ideia do juiz neutro (teoria exposta inclusive por John Locke), sendo que, posteriormente, com o advento da Revolução Francesa difundiu-se a ideia do juiz preocupado com o interesse público e social da própria aplicação da lei.

Assim, resumidamente e conforme exposto supra, o princípio da imparcialidade do juiz teve seus contornos alterados ao longo do tempo de forma a se adequar a realidade e propiciar um processo justo.

Logo, resta superada a ideia de que o juiz civil é mero expectador das provas produzidas pelas partes, vez que pode de ofício determinar a produção de um novo conjunto probatório ou rejeitar algum pedido formulado, sempre se pautando na busca da solução da lide, sob a égide do livre convencimento motivado, desde que observados os limites de sua atuação, de forma a não se tornar um juiz partícipe que assuma posição em um dos polos da lide, influenciado no ônus que incumbe às partes.

4 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

4.1 A NECESSIDADE DA TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Conforme já abordado, a personalidade possui uma enorme força no ordenamento jurídico pátrio, de forma a constituir a base para a defesa de todos os bens e direitos (sejam eles de ordem coletiva ou individual), a ponto de estar inserido em todos os campos do direito (tanto no civil, como no penal, administrativo, tributário, ou seja, em todos os ramos).

Contudo, não basta reconhecer a importância da matéria e a sua relevância jurídico-social, é necessário que o próprio instituto jurídico ofereça aporte para proteção deste valor absolutamente indispensável das pessoas, eis que sem o direito formal, o direito material se perderia.

É cristalino que a ausência de tutela efetiva causa insegurança jurídica e social, de modo que há de se reconhecer o importante papel do processo civil e dos instrumentos de efetivação dos direitos da personalidade como forma de permitir a tutela integral do homem em sociedade.

Assim, tomando por base a importância dos direitos da personalidade (tanto para a sociedade como para a própria pessoa), a necessidade de se tutelar tais direitos e a instrumentalidade do processo, constata-se que o papel exercido pelo juiz no processo vai além da simples resolução da lide, ou seja, ao se reconhecer que o processo é o instrumento necessário para que haja justiça e que o fim social seja atingido, e também considerando a importância da tutela ser plena e eficaz, o juiz não pode ser visto de forma imparcial (sob a perspectiva de ter interesse na resolução do caso – seu fim social), e a sua atuação deve ser eficaz em prol dos interesses coletivos difundidos por meio da ação.

Neste diapasão, verifica-se que a defesa dos direitos à personalidade, não corresponde apenas a tutela do ser individual, mas a tutela do ser social, e, por assim o ser, é indispensável a sua defesa para evitar que os direitos adquiridos pela humanidade com muito sangue e suor, sejam perdidos no tempo e haja um retrocesso, tanto a nível democrático quanto histórico.

4.1 DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

O instituto processual civil nasce para tutelar os interesses concretos advindos das relações jurídicas estabelecidas entre as partes, logo, todos os direitos subjetivos que são objetos de litígio se originam de fatos.

Assim, para que seja concedida ou negada uma tutela jurisdicional, o juiz forma seu juízo de valor sobre os fatos alegados pelas partes que são demonstrados por meio das provas produzidas (BEDAQUE, 2013, p. 9).

Conforme bem exposto por Babosa Moreira, o magistrado deve julgar apenas com base nas provas contidas nos autos, eis que:

[...] não lhe é dado invocar, na fundamentação da sentença, o conhecimento direto e pessoal que porventura tenha: não pode, por exemplo, afirmar que assistira da janela de sua casa ao acidente de trânsito e, por isso, está convicto de que o responsável foi o réu. Por conseguinte, com ressalva das exceções legais (v.g., fatos notórios: Código de Processo Civil, art. 334, n. I), as provas constituem as pontes através das quais os fatos passam para chegar, primeiramente, aos sentidos, depois à mente do juiz. (MOREIRA, 2005)

Por assim o ser, as provas constituem-se como o meio de se chegar à cognição fática dos elementos que envolvem a lide. Por via de consequência, não há como negar que o princípio da busca da verdade tem natureza fundamental e está implicitamente exposto na Constituição Federal, eis que a prova constitui o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz acerca da ocorrência dos fatos envolvidos no litígio e serve de base para a prestação da tutela justa e equânime (CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, 2011, p. 377).

Ora, o próprio direito de ação engloba, além do direito do cidadão demandar em juízo, a obtenção da justa prestação da jurisdição, com todas as garantias a ela inerentes, de forma que o juiz que se conforma somente com a verdade formal trazida aos autos presta jurisdição, mas pode, em determinados casos, não contemplar o acesso pleno à justiça.

Desta forma, as antigas barreiras doutrinárias relacionadas à atuação do juiz no processo devem ser analisadas em conjunto com a questão da imparcialidade do julgador, do ônus da parte de provar, da busca da verdade enquanto estopo jurisdicional e da defesa dos direitos da personalidade enquanto objetos fundamentais do ordenamento jurídico.

Ora, é certo que os doutrinadores mais clássicos e antigos do processo civil manifestam-se contrariamente aos poderes instrutórios do juiz, como, por exemplo, Pontes de Miranda que afirma que conceder ao juiz o poder para determinar a produção de uma prova significa “[...] quebrar toda a longa escadaria, que se subiu, através de cento e cinqüenta anos de civilização” (1997, p. 398), ou ainda, no caso de Rui Portanova que afirma que o poder instrutório conferido ao juiz fere a imparcialidade do julgador (2001, p. 199).

Manifestam-se também no sentido de que a persecução civil deveria reger-se somente pelo princípio dispositivo, o qual estabelece que o juiz deve julgar a causa com base nos fatos alegados e provados pelas partes.

Contudo, estas perspectivas restam superadas por grande parte dos doutrinadores modernos na medida em que o processo civil passou a tutelar também os interesses inerentes à própria sociedade, o que resultou na eliminação da valoração das provas no atual arcabouço processual. Aliado a isso, propugna-se o livre convencimento motivado nos termos dos próprios arts. 128 e 131 do Código de Processo Civil, em que o magistrado deve se convencer

acerca dos fatos litigiosos diante do meio probatório produzido (CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, 2011, p. 381).

Isto reflete a necessidade do enquadramento dos fatos concretos aos princípios do Estado Democrático de Direito, já que é certo que o juiz representa os interesses da própria sociedade na resolução da lide, de forma que deve agir de modo justo. Frise-se que esta ação não pode interferir em sua parcialidade imparcial – ou seja, não pode o julgador agir como parte, mas deve agir como um cumpridor dos interesses sociais, buscando a verdade e as provas necessárias para fomentar o seu livre convencimento motivado.

Em verdade, a eliminação dos litígios integra os interesses tanto das partes no processo como também de toda a comunidade. Logo, a fim de que exista uma boa atuação jurisdicional, mister que esta eliminação seja feita de modo legal e justo (THEODORO JUNIOR, 2014).

A iniciativa probatória *ex officio* não afeta a imparcialidade do julgador, pois com a determinação da produção da prova, o juiz não possui condições de conhecer o resultado que a prova trará ao processo e nem sabe quem será favorecido com a sua produção, ou seja, “[...] longe de afetar sua imparcialidade, a iniciativa oficial assegura o verdadeiro equilíbrio e proporciona uma apuração mais completa dos fatos” (GRINOVER, 2005, p. 21).

Assim, uma vez iniciada a relação processual por iniciativa das partes, incumbe ao magistrado utilizando os poderes que lhe são conferidos pelo próprio Código de Processo Civil dar impulso ao processo a fim de se alcançar a segurança necessária às partes e à sociedade (DOMINGUES, 2014).

Há de se observar que a atuação do juiz, excetuadas determinadas situações, deve estar submetida aos limites objetivos da demanda estabelecidos pelo autor e/ou do réu reconvinente em suas manifestações.

Neste viés, o próprio Código de Processo Civil de 1973 traz em seu bojo a previsão antagônica dos princípios dispositivo e inquisitivo, o que revela a atual tendência processual, eis que enquanto o art. 262 afirma que o processo se inicia “por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial” (com a ressalva do art. 989, do Código de Processo Civil, em que reconhece que o juiz pode, de ofício, instaurar ação de inventário), o art. 130 afirma que cabe ao juiz “determinar as provas necessárias à instrução do processo”. Oportunamente, o novo Código de Processo Civil (Lei federal n. 13.105 de 2015) também aborda este assunto, quando em seu próprio art. 2º, trata do da iniciativa da parte (e acrescenta “salvo as exceções previstas em lei”, como no caso do inventário), e o art. 370 traz a mesma redação do antigo art. 130 do Código de 1973.

Isso implica, evidentemente, na produção de provas destinadas à demonstração dos fatos controvertidos, sendo que o amplo acesso aos meios de prova representa o próprio direito de ação e de defesa.

Ressalte-se, contudo, que a instrução processual não tem por fim encontrar literalmente a verdade, mas, sim, propiciar ao juiz o retrato mais fiel possível dos fatos que envolvem o litígio (BEDAQUE, 2013, p. 19).

É certo que o princípio da imparcialidade do juiz exige que o magistrado permaneça longe da iniciativa de instaurar um processo e definir o seu objeto (à exceção do previsto no art. 989, do Código de Processo Civil de 1973, conforme já exposto), contudo, a investigação do direito subjetivo controvertido não o torna parcial na medida em que permite somente a apuração da verdade.

Justamente o oposto, ao não se determinar a produção de uma prova necessária para a resolução do caso, o juiz estará agindo de modo alheio à missão jurisdicional de assegurar uma justa e efetiva resolução da lide, ou seja, parcial é o julgador que permanece inerte diante da desigualdade, nada fazendo para afastar o desequilíbrio, principalmente se esta desigualdade refletir no resultado do processo.

O magistrado possui interesse social na resolução dos casos a fim de propiciar uma maior segurança e confiabilidade no Poder Judiciário, ou seja, o juiz é parte imparcial na medida em que busca dar efetividade e justiça nas questões que são submetidas à sua apreciação.

Conclui-se, então, que a necessidade de promover o tratamento igualitário às partes, conferindo as mesmas oportunidades, fortalece o princípio da imparcialidade, eis que impede que as desigualdades reflitam no resultado do processo.

Neste diapasão, conforme já exposto por Cintra, Grinover e Dinamarco (2011, p. 318), o juiz exerce, fundamentalmente dois poderes: um administrativo (ou de polícia) e um jurisdicional. O poder administrativo tem por fito garantir e assegurar a ordem e o decoro que envolve a demanda, a exemplo do contido nos termos dos arts. 445 e 446, do Código de Processo Civil.

Por outro lado, o poder jurisdicional refere-se ao desenvolvimento do próprio processo, sendo composto por duas outras categoriais, quais sejam o poder meio (referente ao andamento processual e a consequente instrução probatória) e o poder fim (referente aos atos decisórios e de execução).

Logo, imperioso se reconhecer que a atividade instrutória do juiz é garantia inerente a sua atividade institucional, já que se encontra, inclusive, dentro do próprio poder meio do magistrado.

4.2 DOS LIMITES DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

Sendo incontroverso que o juiz é aquele que tem a função social de decidir os casos que lhe são apresentados, não restam dúvidas também de que a tutela jurisdicional dos litígios exige um processo devidamente instaurado e que existam provas suficientes acerca das alegações tecidas pelos litigantes.

Logo, o poder instrutório do juiz e a sua conseqüente limitação possuem grande destaque na atual estrutura judicial, eis que a atuação do julgador reflete o andamento processual e garante a aplicação concreta da tutela jurisdicional.

Em que pese a doutrina e jurisprudência modernas admitirem um maior poder inquisitivo do julgador, é certo que “[...] a atividade do juiz não pode substituir ou suprimir a atividade das partes, inclusive de que se mantenha equidistante das partes para a decisão.” (GRECO FILHO, 1999, p. 185).

Em outras palavras, é evidente que o juiz não pode tomar para si toda a atividade instrutória do processo e substituir toda a ação dos procuradores das partes, vez que desta forma se tornaria um juiz partícipe, agindo verdadeiramente com uma parcialidade negativa.

Frise-se, contudo, que a atividade *ex officio* com o fito de esclarecer algum ponto obscuro ou impedir que o estado de perplexidade interfira no julgamento não representa quebra ao princípio da imparcialidade, eis que representa somente uma forma de propiciar que a causa caminhe para uma decisão justa e que sejam efetivados os direitos da personalidade.

Ora, o princípio da busca da verdade real trata da livre investigação da prova no interior do pedido, de forma que sua limitação material está relacionada aos limites estabelecidos pelas próprias partes.

Cumprido destacar também que o poder instrutório legalmente conferido ao julgador não tem por escopo produzir novas teses ou permitir que uma parte possa tecer uma nova linha de defesa a partir da atividade *ex officio*, vez que desta forma o juiz estaria agindo em prol de uma das partes.

O contexto fático que envolve a atividade do togado é diferente daquela que envolve as partes quando da instauração do litígio, eis que as partes procuram produzir um conjunto probatório que fortaleça a sua linha de defesa, enquanto que o juiz utiliza-se de seu poder na busca da fidelidade dos acontecimentos.

Logo, o limite de sua atuação deve estar focado em analisar os fatos trazidos pelas partes e jamais propiciar uma nova defesa ou tese que prejudique uma das partes em prol da outra, já que desta forma o juiz estaria agindo além da faculdade que o ordenamento jurídico lhe estabeleceu.

Até mesmo os maiores defensores da doutrina moderna, como no caso de José Roberto dos Santos Bedaque reconhecem que é “[...] inadmissível a determinação oficial para que o autor demonstre a veracidade dos fatos constitutivos de seu direito, verossímeis e incontroversos.” (2013, p. 30).

A própria lei define que o juiz tem o dever de atuar de ofício, inclusive no âmbito instrutório, já que possui o dever de conduzir o processo, de forma idônea, à efetiva tutela do direito material (WAMBIER e SANTOS, 2008, p. 160). Contudo, esta atuação oficial não pode colocar em risco toda a estrutura judicial e prejudicar o próprio andamento do processo, como, por exemplo, interferir nos fatos relacionados ao direito disponível dos litigantes (que permitem uma ampla liberdade para dele dispor através de atos processuais, como a renúncia, desistência, reconhecimento do pedido).

E é justamente neste ponto que vale destacar uma das características mais importantes do direito da personalidade, qual seja a sua irrenunciabilidade e vitaliciedade, além do fato de ser oponível contra todos, de modo que, dada a sua característica social incumbe a toda a sociedade proteger os direitos da personalidade como forma de permitir uma plena cognição fática e permitir que a justiça não se coadune frente às irregularidades.

Assim, para que haja defesa dos direitos da personalidade, o juiz pode e deve se utilizar de seu poder instrutório; contudo, é necessário que não haja abuso em sua utilização, a fim de que sejam respeitadas também as garantias processuais. Entende-se que essa postura deva ser exercida dentro dos limites fáticos trazidos pelas partes, ou seja, na causa de pedir descrita na petição inicial do autor, com as ampliações da contestação formulada pelo réu.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos da personalidade, enquanto conjunto de bens essenciais tutelados da própria pessoa, correspondem à base de todos os direitos e deveres existentes, sendo, inclusive, entendido por muitos filósofos e doutrinadores como direitos inatos, de modo que são atribuídos à própria condição de ser.

Neste diapasão emerge a necessidade de se tutelar os direitos da personalidade, como forma de garantir tanto a equidade social, quanto a manutenção da própria vida em sociedade, eis que é por meio da personalidade que as pessoas adquirem seus direitos e deveres.

Uma vez reconhecido esta necessidade de tutela jurídica, o direito processual civil deve manter aderência à realidade que se encontra inserido, sob a ótica da adaptação das normas jurídicas às mudanças sociais e internacionais modernas, a fim de facilitar que tais ideologias sejam traduzidas na prestação jurisdicional.

No presente estudo, objetivou-se destacar a importância das funções exercidas pelo juiz no bom andamento do processo, além de demonstrar que os institutos do direito processual civil se destacam quando se pretende estudar a efetividade da atuação de ofício do juiz na defesa dos direitos da personalidade.

O magistrado, ao desempenhar a sua função como representante do Estado-Jurisdição, não deve olvidar o escopo de alcançar a harmonia e paz social (o que está, intimamente, relacionado à própria personalidade), de modo que está claramente relacionada à função do próprio direito processual (*rectius*, processo) e de sua instrumentalidade.

O Poder Judiciário tem enfrentado diversos desafios para a superação da crise que há muito tempo o assola, qual seja a dificuldade na plena prestação jurisdicional em face da ausência de cooperação³ entre os próprios litigantes na busca da verdade⁴, de modo que o juiz deve estar atento às mudanças de paradigmas e, na condição de parte imparcial, utilizar de seus poderes-deveres para atingir a efetividade do instrumento estatal para a concretização do direito material, que é o processo, a fim de que este possa alcançar o seu escopo de pacificação com justiça.

³ No Direito português (**Lei n.º 41/2013, de 26 de junho, Aprova o Código de Processo Civil**) vamos encontrar o Princípio da Cooperação. Aliás, tal matéria vem tratada no art. 7.º, do CPC Português (“Artigo 7.º (art.º 266.º CPC 1961) **Princípio da cooperação** 1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. 2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência. 3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 417.º. 4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo”). Confira-se, ainda: DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. 1. ed. Coimbra: Coimbra, 2011. Também, entre nós, o novo CPC/2015, cuida de referido princípio, como se pode observar da redação dos arts. 6.º e 10, *in verbis*: “Art. 6.º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

⁴ Sobre o tema o Código Civil Português ainda trata do princípio da colaboração através de seu art. 417 da Lei n.º 41/2013, de 26 de junho (Aprova o Código de Processo Civil), ao afirmar que “Dever de cooperação para a descoberta da verdade”; “1 - Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade, respondendo ao que lhes for perguntado, submetendo-se às inspeções necessárias, facultando o que for requisitado e praticando os atos que forem determinados. [...]”. Sendo tal assunto semelhante ao que consta no art. 378 do novo CPC/2015, “Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”.

É incontroverso que a efetividade do processo, enquanto resultado da garantia constitucional, depende da atuação de todas as partes envolvidas, e em especial do juiz, que não possui apenas a prerrogativa de buscar a verdade e exarar uma decisão justa, como também possui interesse na plena solução do caso ante a veracidade dos fatos submetidos a sua análise.

Assim, é plenamente coerente a discussão da presente temática, não só no plano âmbito acadêmico, mas, sobretudo, no plano do processo, no exercício da jurisdição, como forma de propiciar que as partes atinjam um ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e as garantias processuais, a fim de coibir os poderes arbitrários do julgador.

Ora, se a própria lei define que é dever do magistrado atuar de ofício em prol da efetiva tutela do direito material, é necessário se observar que esta atuação deve ser cautelosa e prudente.

Conclui-se, portanto, que o magistrado possui função ímpar na aplicação do direito material às partes e na condução do processo, já que é por meio de suas ações que o Estado poderá resolver os litígios que causam a inquietação social e geram o desconforto na sociedade, porquanto, ao assumir para si o poder de resolver os imbróglis por meio da heterotutela, o Estado deve buscar sempre o fim público.

Se, por um lado, é necessário ampliar os poderes instrutórios do juiz, com o intuito de equilibrar as diferenças dos recursos e dar efetividade à tutela dos direitos da personalidade, por outro se deve prezar sempre pela observância dos princípios da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e da imparcialidade do julgador, sob a égide da abordada parcialidade imparcial do juiz.

Ademais, resta superada a ideia de que o processo é algo exclusivo das partes⁵, isto porque o papel do processo é garantir uma ordem pública que assegure os direitos tutelados, principalmente quanto à personalidade, pois além de se tratar de matéria de índole pessoal, ainda corresponde ao interesse público em prol da sociedade.

7 REFERÊNCIAS

ALLEGRETTI, Umberto. *L'imparzialità amministrativa*. Padova: Cedam, 1965. p. 61 *apud* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁵ O Princípio dispositivo não vige mais, de forma absoluta, como outrora. Exige-se um juiz participativo, mais ativo.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo; BARROS, Mariana Cordeiro de. Os poderes do juiz e seus limites: uma análise em matéria probatória e a questão do juiz Hércules de Ronald Dworkin. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Org.). *Os Poderes Instrutórios do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 142-151.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Theoria Geral do Direito Civil*. 6. ed. atual. por Achilles Bevilacqua. Rio de Janeiro: Paulo Azevedo, 1953.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbiery. Campinas, SP: Bookseller, 1999. v. 1,3.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. In: FARIA, Juliana Cordeiro de et al. (Org.) *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CAMPANELLI, Luciana Amicucci. *Poderes instrutórios do juiz e a isonomia processual*. São Paulo : Juarez de Oliveira, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. 4. tir. Coimbra: Almedina, 2007.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DE CUPIS, Adriano. *Os Direitos da Personalidade*. Campinas: Romana, 2004.

DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. 1. ed. Coimbra: Coimbra, 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 1.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DOMINGUES, Rilton José. *Poderes do juiz: a atividade instrutória do juiz face aos princípios processuais da imparcialidade, da igualdade entre as partes e do dispositivo*. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul: Plenum, n. 38, jul./ago. 2014. 1 DVD.

ESPAÑA. Lei nº 1, de 08 de janeiro de 2000. Ley Enjuiciamiento Civil. Madrid, 8 jan. 2000. n. 7. Disponível em: <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2000-323>. Acesso em: 28 Abr. 2015.

FRANÇA. Code de Procédure Civile. Paris, Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20141007>>. Acesso em: 28 Abr. 2015.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*, Brasília, DF, v. 18, n. 1, p. 15-27, jan. 2005.

LOPES, João Batista. *A prova do direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LOPES, João Batista. Iniciativas probatórias do juiz. O art. 130 do CPC. *Revista de Processo* nº 35. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1984.

Lopes, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: o acesso à Justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1993.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Iniciativa probatória o juiz e o princípio do contraditório no processo civil. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Coord.). *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. t. 2.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Atual. Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2004. t. 1.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Atual. Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2004. t. 7.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 6, n. 24, p. 55-70, 2003.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 4. ed, 2ª tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOUZA, Arthur César de. *A Parcialidade Positiva do Juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SZANIASWKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua Tutela*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *O processo justo: o juiz e seus poderes instrutórios na busca da verdade real*. Disponível em: <http://www.amlj.com.br/artigos/118-o-processo-justo-o-juiz-e-seus-poderes-instrutorios-na-busca-da-verdade-real>. Acesso em 20 ago. 2014. p. 8.

VARGAS, Augusto Cirilo. Reflexões críticas sobre a teoria eclética de Liebman. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul. n. 38, jul./ago. 2014. 1 DVD.

THEODORO JUNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil*. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar. In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (Org.). *Os Poderes Instrutórios do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.