

OS PODERES PROBATÓRIOS DO JUÍZ NA CIVIL LAW E COMMON LAW

Maurício Luís Pereira Pinto

Advogado militante; Especialista em direito Público; Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Professor de processo da Faculdade Faces e Favi;

SUMÁRIO: 1. Breves considerações iniciais – 2. A prova e o problema da verdade no processo civil – 3. A produção de prova de ofício e os sistemas da *Civil Law* e *Common Law* – 4. Crítica a produção de prova ex-ofício pelo Magistrado – 5. Considerações finais – 6. Referências bibliográficas.

PALAVRAS-CHAVE: Poderes probatórios do juiz; *Civil Law*; *Common Law*.

RESUMO: o Código de Processo Civil adotou o Princípio dispositivo, abrindo a atividade probatória do juiz para a busca da verdade real. O artigo 130 do Código de Processo Civil, deixa transparecer que o magistrado deva, a todo tempo, produzir uma prova de ofício, ocorre que essa regra deve ser interpretada restritivamente, funcionando como um filtro para o magistrado determinar quais as provas serão necessárias à instrução do processo, evitando-se assim, que as provas sem qualquer relevância adentrem ao processo, ademais, se a lei limitar a produção de provas de ofício pelo magistrado, também poderá evitar que o magistrado se transforme em um juiz acusador e parcial, ou melhor, evitará que o magistrado se transforme na própria prova dos autos. No ordenamento jurídico brasileiro vige o sistema da *Civil Law*, permitindo que o magistrado determine a produção de prova ex-ofício, mas desde que observe certas cautelas, como por exemplo: 1) a real necessidade e adequação da sua intervenção para realização da prova; 2) a razoabilidade e a proporcionalidade da medida a ser tomada; 3) A utilização das suas máximas de experiências. No entanto, deve o magistrado facultar às partes o mais amplo direito à produção de uma prova pertinente ao processo, mesmo que ele já tenha determinado a produção de outras provas de ofício.

1. Breves considerações iniciais

Hodiernamente estamos vivenciando uma grande mudança no modo de pensar de Advogado, Juízes, Promotores, e, principalmente da própria sociedade brasileira. A sociedade movida pela onda de violência, corrupções e injustiças que assolam o País, requer punições mais severas; penas mais rígidas e a eficácia no seu cumprimento.

Em contrapartida, os Juízes no afã de dar uma resposta mais célere e justa para a sociedade, acabam se deixando influenciar pelo clamor público, e, muitas vezes, não dão a devida importância ao analisar as provas que poderiam mudar o seu livre convencimento motivado. Por isso mesmo, deve ser dado às partes a mais ampla-liberdade possível, para demonstrar sua verdade, só cabendo ao magistrado produzir uma prova de ofício em situações excepcionais.

Para discorrer sobre os poderes probatórios do juiz, é preciso conhecer alguns dos principais sistemas jurídicos do mundo, e, em qual deles o magistrado poderá produzir uma prova de ofício. Para este estudo, necessário saber apenas que no mundo ocidental vigora basicamente dois grandes sistemas jurídicos, o sistema da *Common Law* e o sistema da *Civil Law*, no qual ficará restrito esse estudo científico.

A história¹ da *Civil Law* começa quando o Imperador Justiniano reúne todas as leis do continente Europeu, consolidando-as em um único código, chamado de *corpus iuris civilis* de Justiniano (o nome data do século XII). O *Corpus Iuris Civilis* era composto de quatro coleções, sendo a mais importante delas o *Digesto ou Pandecto*. Posteriormente, passou a chamar o *Copus Iuris* de *Civil Law*; *Continental Law* ou *Roman Law*.

Já a história da *Common Law* começa com a invasão ou conquista normanda da Inglaterra, realizada em 1066 por Guilherme II, Duque da Normandia. A conquista Normanda permitiu a

¹ CAENEGEM, R.C. van. Uma introdução histórica ao direito privado. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p.19: [...] o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano é um dos mais célebres projetos legislativos da história. Representa a expressão suprema do antigo direito Romano e o resultado final de dez séculos de evolução jurídica. O *corpus iuris civilis* era composto de quatro coleções: a mais importante, tanto por sua escala como por sua qualidade, é o *digesto ou padecto*. [...].

criação de um governo central forte na Inglaterra, cujos Tribunais tinham jurisdição sobre todo o País.

As decisões desses Tribunais foram aos poucos, estabelecendo um direito comum – *Common Law* – em Inglês, a todo o reino, que se sobrepôs aos costumes jurídicos locais, em especial a cada condado ou vilarejo, em vigor até então.

É preciso realçar que apesar do sistema jurídico da *Civil Law* abranger um maior número de Países, existem outros sistemas jurídicos no mundo, como por exemplo, o sistema jurídico consuetudinário; sistema jurídico mulçumano e o sistema misto.

Distribuição global dos sistemas jurídicos



Fonte: <http://www.droitcivil.uottawa.ca/world-legal-systems/fra-monde.php>

Como já exposto, para esse estudo científico, a análise ficará restrita aos poderes probatórios do juiz nos sistemas jurídicos da *Civil Law* e *Common Law*.

2. A prova e o problema da verdade no processo civil

A prova é a alma do processo de que resultará a convicção do magistrado para sentenciar, sem a prova dos fatos alegados não há como decidir, neste contexto, surge o pedregoso caminho da

verdade e a prova no processo civil. Daí a importância do tema em permitir ou não uma ampla liberalidade do julgador produzir ou não uma prova de ofício.

Se enforcarmos no campo de que no processo civil hodierno, o magistrado deve ter uma conduta pró-ativa e buscar sempre a verdade real, apresenta-se como premissa lógica, a propositura de que se permita ao magistrado a mais ampla possibilidade de produzir uma prova de ofício.

No entanto, de outra ótica, permitindo-se ao magistrado uma ampla liberalidade na produção de uma prova de ofício, corre-se o risco do magistrado perder sua imparcialidade, ou no afã de buscar a verdade real, alterar a verdade dos fatos, valorando de modo desigual a sua prova produzida ex-offício, aqui, se apresenta como lógico que não se deva permitir ao magistrado tal possibilidade.

Diante desse contexto, analisando-se o problema da prova e a verdade no processo civil como forma de se tentar dar uma justa resposta no curso do processo civil, observa-se que os operadores do direito precisam atravessar o tormentoso caminho da prova até chegar-se a uma verdade provável.

O professor Hermes Zaneti Júnior, discorrendo sobre a verdade no processo, aduz que a verdade provável e a verdade real estão intimamente ligadas a maior ou menor certeza de que se deseja obter no fim do processo².

Ainda no campo da verdade processual e à intangibilidade da verdade absoluta, Michele Tarufo entende que essa verdade jamais poderá ser alcançada, o que se obterá é, no máximo, um juízo de probabilidade, uma verdade provável³.

² ZANETI JR, Hermes. O problema da verdade no processo Civil: modelos de prova e de procedimento Probatório. In: Revista de Processo, ano 29, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. [...] A verdade provável e a verdade real estão diretamente ligadas ao problema da maior ou do menor grau à preocupação com a certeza, se absoluta ou provável, em que o processo espera obter ao final com a decisão judicial..

³ TARUFO, ano XLV, abr.-jun. 1990, p. 44: [...] “A verdade dos fatos não é jamais absoluta, mas é dada pela hipótese mais provável, sustentada pela maioria de elementos que a confirme”.

Para Taruffo, este Juízo de verossimilhança chega ao final do processo com alto grau de probabilidade verdadeira, essa certeza provável é alçada com o trânsito em julgado da decisão, logo, como a certeza absoluta é sempre intangível, é preciso que o julgador se conforme com a probabilidade.

Ao delimitar a atividade probatória dos sujeitos do processo (partes e juízes), é preciso entender o papel exercido por cada um em determinado sistema jurídico do mundo, já que a atividade dos juízes e partes irá variar de acordo com o sistema jurídico adotado.

Nos tempos atuais, não existe nos sistemas probatórios puros, a completa entrega da condução inteira do processo para as partes ou para o juiz, a condução da prova para dentro do processo não é atividade exclusivamente determinada às partes, mas também de uma participação mais ativa do juiz, neste sentido, o juiz fica comprometido com a busca da verdade e da justiça, o que sempre deveria ser levado a cabo com respeito completo das garantias processuais das partes, especialmente como direito de defesa e de contribuir para produção de meios de prova.

A tendência jurídica observável realça para fortalecer em forma simultânea e positivamente, os poderes do juiz e os direitos processuais dos litigantes na produção de uma prova. O professor Eduardo Cambi ao discorrer sobre o significado da efetividade do direito a prova sustenta que as partes devem ter amplas oportunidades para demonstrar os fatos que alegam, porém, para o professor esse direito a prova conferido às partes, não deve ser visto de forma absoluto⁴.

Também não se pode deixar de esclarecer que no processo civil atual, não se fala mais em verdade formal, mas sim, tanto quanto em processo penal, em verdade real. Observe que o magistrado irá buscar sempre chegar à verdade real, mas somente obterá uma certeza provável, essa busca pela verdade real, para grande parte da doutrina, é que permite que o magistrado possa

⁴ CAMBI, Eduardo. Direito Constitucional à Prova no Processo Civil. In: **Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil**. Vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 170: [...] “ ao instrumento probatório para que as partes tenham amplas oportunidades para demonstrar os fatos que alegam. Isso, todavia, não significa que o direito à prova deva ser concebido como um direito absoluto ou incondicionado, mas, que as regras que venham a limitar o exercício desse direito sejam razoáveis. Todavia, o juiz não tem liberdade plena para dar razão a quem ele desejar, tendo o dever de fundamentar racionalmente as suas decisões; o que há de prevalecer no momento da decisão, é a melhor argumentação possível de ser extraída da dialética processual.”

produzir uma prova ex-offício, mas, frise-se que tal busca deve sofrer limitações imposta pela lei, para que não seja dada margem de se adentrar no perigoso campo do arbítrio.

O próprio art. 335 do CPC permite que o juiz se valha das suas regras de experiências de vida para buscar a verdade real, e, assim, formar seu convencimento motivado. As máximas de experiência a que se refere o art. 335 do CPC, no seu conceito clássico de Stein, citado pelo professor Hermes Zaneti, seriam as definições e juízos hipotéticos desligados dos fatos concretos constantes dos autos, resultante das regras de experiência⁵.

A fundamentação das decisões judiciais, deve sempre indicar o caminho; o raciocínio lógico e inteligente que levou o magistrado a se convencer que a verdade dos fatos baseou-se na produção desta ou daquela prova. Neste contexto, a análise da prova é elemento fundamental para que se possa chegar, pelo menos, a verdade provável, já que a verdade real seria uma falácia jurídica, mas isso não significa dizer que sempre chegará a verdade real, nem mesmo que essa busca pela verdade real deva conduzir o magistrado à assumir o papel que cabem as partes ou à transformá-lo em um juiz imparcial.

3. A produção da prova de ofício pelo magistrado e os sistemas da *Civil Law* e *Common Law*

Ultrapassadas as questões referentes prova e a busca da verdade real pelo magistrado, há que ser abordada a conduta do juiz na produção de uma prova ex-offício, quer seja no sistema da *common Law*, quer seja no sistema da *civil law*.

Atualmente, fala-se em Juiz pró-ativo, ou seja, àquele magistrado que não ficaria prostrado; inerte diante do curso do processo civil. Já é uma realidade do ordenamento jurídico brasileiro a postura pró-ativa do magistrado, inclusive, no próprio *site* da associação dos magistrados

⁵ ZANETI JR, Hermes. O problema da verdade no processo Civil: modelos de prova e de procedimento Probatório. In: Revista de Processo, ano 29, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 364. [...] “Definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos fatos concretos que se julgam no processo, procedente da experiência, mas independentes dos casos particulares, de cuja observância se induziram e que, sobrepondo-se a estes, têm validade para outros novos, ficando provado, assim “normalmente ocorre”

brasileiros, há pronunciamento do seu vice-presidente, incentivando os magistrados a adotar uma conduta pró-ativa e não mais uma postura de como se não tivessem nada a ver com isso.

No sistema jurídico da *Civil Law*, adotado pelo Brasil, o magistrado possui mais poderes instrutórios do que o magistrado que julga no sistema jurídico da *Common Law*, porém, mesmo os magistrados possuindo maiores poderes instrutórios (*civil Law*), é importante ressaltar que todo o procedimento probatório nesse sistema se desenvolve diante de um juiz passivo, pautado em regras (leis), e que as partes estão em pé de igualdade, ou pelo menos em tese, deveriam estar.

Devido a relevância do papel exercido pelo magistrado no processo, é fundamental que a figura do Juiz no processo não se confunda com o papel das partes, para que ele não assuma uma posição que não lhe caberia, perdendo assim, na opinião de grande parte da doutrina, a sua imparcialidade de julgador. Logo, o magistrado que adotar uma conduta pró-ativa, deve pautar sua conduta em muita cautela ao determinar a produção de uma prova ex-ofício.

Há determinados países que admitem a produção de prova de ofício pelo magistrado, outros, no entanto, vedam, e há aqueles que permitem a produção de prova ex-ofício somente para determinados tipos de provas. Na Itália, por exemplo, o Juiz não pode determinar de ofício a prova testemunhal e documental, mas pode dispor de ofício de uma inspeção de lugares ou ordenar uma perícia⁶. No Brasil e na França, por exemplo, o juiz pode determinar de ofício a oitiva de uma testemunha.

Cappelletti afirma, contudo, que mesmo podendo o juiz determinar a produção de ofício dessas provas, como por exemplo, a oitiva de testemunha, o magistrado só pode indagá-la se os fatos, espontaneamente alegados, são verdadeiros.

A questão à saber se o magistrado no sistema da *civil Law*, pode ou não produzir uma prova ex-ofício, se resolve muito mais no campo da lógica do que no campo do direito, pois, se a prova que deve ser produzida não pertence às partes, nem mesmo ao Juízo, mas sim ao processo, então

⁶ CAPPELLETTI, Mauro. O processo Civil no Direito Comparado – Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira – Belo Horizonte: cultura jurídica. Ed. Líder; 2001, p. 60-61.

me parece claro que todos os sujeitos do processo (partes e juiz) poderão produzir provas e se utilizarem delas.

Então surge a pergunta que não quer calar: como poderá o magistrado ter uma conduta pró-ativa sem perder a sua imparcialidade? Ou mesmo, como poderá buscar a verdade real sem assumir o papel que, via de regra, caberia as partes? Digo mais, quais os poderes probatórios que cabem ao magistrado no curso do processo civil?

O professor Geraldo Prado cita um ditado proveniente da Idade Média, que nos faz refletir sobre a conduta do Juiz pró-ativo: “*Quem tiver um juiz por acusador precisa de Deus como defensor. Mas, às vezes, isso não é suficiente*⁷”.

Data máxima vênia, esse ditado demonstra com clareza, o porquê da necessidade de que a lei imponha certos limites ao magistrado na produção de provas ex-ofício, parece-me claro que se a lei não impuser tais limites, corre-se o risco de o magistrado transformar a sua prova em uma verdade absoluta.

O magistrado deve atuar de forma que não se deixe levar pelos seus sentimentos ou pelo clamor público, para que, desta forma, não perca a sua imparcialidade que é condição *sine qua non* para a função judicante.

Como já exposto, há no ordenamento jurídico do mundo, principalmente, dois grandes sistemas diferenciados para a produção e apreciação de provas pelo magistrado em que limitaremos nosso estudo, quais sejam, o sistema da *Civil Law* e o sistema da *Common Law*.

Para Michele Taruffo, os sistemas existentes na Europa de atividade probatória do Juiz, concedem amplos poderes de instrução ao Juiz (França; Suécia e Alemanha), e, mais ou menos,

⁷ PRADO, Gerado. Estudo sobre o Sistema Acusatório, p. 157, Editora Lumen Juris, 1999.

admitem a produção de prova de ofício pelo Juiz, que podem ser resumidos em Juiz ativo autoritário *versus* Juiz passivo liberal⁸.

Acentua Taruffo que atualmente existem os modelos mistos de produção de prova, em que se prevêem extensos poderes de instrução ao Juiz, juntamente com a plena possibilidade para as partes deduzirem todas as provas admissíveis e relevantes para a prova do fato.

No sistema jurídico da *Common Law* os juízes possuem menos poderes instrutórios, porém o processo se torna mais pragmático e menos formal, já no sistema jurídico da *Civil Law* os juízes possuem mais poderes instrutórios e o processo possui uma grande formalidade.

A produção de prova ex-offício pelo magistrado, tanto no sistema da *Common Law* como no sistema da *Civil Law*, é marcada por significativas diferenças, contudo, é certo que em quaisquer dos sistemas, com a devida *vênia*, o magistrado só deveria agir na produção de prova ex-offício de forma excepcional.

Vale lembrar ainda, que todo magistrado possui poderes cautelares que estão previstos no artigo 798 do CPC, poderes esses, que a doutrina costuma chamar de poderes de cautela do magistrado, que via de regra, são utilizados para evitar lesões graves e de difícil reparação à uma das partes.

Note que esse poder de cautela não se confunde com o poder para produção de provas de ofício pelo magistrado, naquele, o magistrado determina a medida de urgência para evitar um dano irreparável ou de difícil reparação, e neste, o magistrado determina a produção de prova como meio de buscar a verdade real, não se tratando, portanto, de medida cautelar, mas sim, instrução processual.

⁸ TARUFFO, Michele; **Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa**. *Ius et Praxis*, 2006, vol.12, no.2, p.1. ISSN 0718-0012: [...] “Em suma, cada decisão sozinha não é boa só porque põe um ponto final no conflito, a decisão é boa se põe um ponto final no conflito sendo fundada em critérios legais e racionais, entre os que assumem particular importância na verdade de comprovar os fatos. Se pensar em um bom juiz capaz de exercer corretamente e racionalmente seus poderes, não há razão de temer que ele vire parcial e incapaz de valorar as provas. Somente se pensar em um juiz incapaz e mentalmente débil é que se pode temer que haja perda da sua própria imparcialidade”.

No entanto, a questão à saber aqui é: qual o limite para esse poder? Quando o magistrado poderá determinar a produção de prova ex-offício, sem ferir a sua imparcialidade e sem se transformar em um juiz acusador?

Como o sistema da *Common Law* se baseia no direito criado pelos juízes, ou seja, é o direito que existe e é aplicado a um grupo tendo em vista seu passado e precedentes jurídicos, não sendo escrito pelas casas legislativas, nem mesmo por qualquer Poder ditatorial, parece-me mais prudente que não seja dado ao magistrado uma ampla liberdade para produzir uma prova de ofício nesse sistema, e é o que ocorre, a produção de provas fica inteiramente a cargo das partes.

Já o sistema da *Civil Law* que está baseado no direito escrito em códigos ou coleções, sendo inspirado no direito romano, diferentemente da *Common Law*, não é fruto da criação de juízes, mas apenas é aplicado por eles, neste sistema parece-me razoável que se dê ao magistrado uma maior liberdade para produzir uma prova de ofício, desde que esta liberalidade esteja limitada na lei ou em critérios pré-fixados, por esse sistema o magistrado pode produzir uma prova de ofício.

É bem verdade que os dois sistemas merecem críticas e elogios, pois em ambos, o fator humano se faz presente e com isso carrega em seu bojo uma enorme falibilidade inerente a qualquer ser humano.

Tem-se observado na prática, que os Países que adotam o sistema da *Common Law*, para terem um sistema eficiente, adequado, justo, devem investir para que o Judiciário seja qualificado de forma ética, moral e intelectual. Da mesma forma, temos que no sistema da *Civil Law* exige e depende, também, da ética, moral e inteligência, só que agora dos membros do Poder Legislativo e Executivo. Logo, o sucesso de um ou de outro sistema estará baseado sempre na qualidade das pessoas que integram cada sistema.

Atualmente podemos observar que os Países que adotam o sistema da *Common Law* têm editado cada vez mais leis, e os Países que adotam o sistema da *Civil Law* estão valorizando cada vez mais a jurisprudência.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema da *Civil Law*, baseando-se, como já foi dito, no direito escrito em códigos e leis esparsas, no entanto, não raro às vezes, em que o magistrado mitigando os rigores da lei, vale-se da jurisprudência, dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e até mesmo das suas máximas de experiências, para tentar chegar a uma verdade provável, fato este, que acaba inserindo uma espécie de sistema híbrido da *Civil Law*.

Destarte, para que o magistrado no sistema da *civil Law*, não assuma um papel de juiz acusador ou parcial, nem mesmo para que não faça da sua verdade, uma verdade absoluta, desprezando incondicionalmente a lei e o direito das partes, fato este que abriria caminho para o arbítrio, deve o magistrado pautar sua conduta pró-ativa em três grandes pilares, quais sejam: 1) a real necessidade e adequação da sua intervenção para realização da prova; 2) a razoabilidade e a proporcionalidade daquela medida a ser tomada; 3) e a utilização das suas máximas de experiências.

Agora, o que não se pode deixar acontecer é a banalização e a utilização indevida dos pilares (princípios e medidas) retro mencionados.

Às vezes a hermenêutica jurídica, pode nos levar a várias interpretações sobre o mesmo artigo, nesta ótica, apesar da redação do artigo 130 do CPC, deixar transparecer que o magistrado, de ofício, deva produzir uma prova, a regra deve ser interpretada como um filtro que será feito pelo magistrado para saber quais as provas serão úteis à instrução do processo. Essa regra não deve ser vista como uma regra absoluta, evitando-se assim, que o magistrado vire um juiz acusador e parcial, ou melhor, evitará que o magistrado se transforme na própria prova.

Uma coisa é o juiz valorar a prova de acordo com seus conhecimentos pessoais; outra é o magistrado se transformar na própria prova dos autos, e outra ainda, é o magistrado determinar a produção de prova ex-ofício.

Sobre a produção de prova ex-ofício a jurisprudência da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, entende que quando a matéria se referir ao estado de pessoa, como por exemplo, filiação, menoridade, casamento, deve o magistrado agir de ofício e determinar a produção da prova

sempre que necessário (exame de DNA), note que para a Quarta Turma do STJ a produção de prova ex-offício só é aceita em situações excepcionais, tais como estado de pessoa, ou quando presentes determinadas circunstâncias, tais como a presença de razões de ordem Pública ou igualitárias, bem como a desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes⁹.

Ainda no Superior Tribunal de Justiça, a Terceira Turma, ao interpretar o artigo 130 do CPC, entendeu que aos magistrados são atribuídos poderes amplíssimos para a produção de uma prova de ofício¹⁰, já que a busca pela verdade real é feita em prol do interesse Público da efetividade da justiça.

Por fim, fazendo um rápido intercâmbio entre o processo penal e o processo civil, vemos que naquele ramo do direito estão ocorrendo significativas mudanças que permitem ao magistrado tomar uma postura pró-ativa diante do processo, mas sem assumir um papel acusador, observe que a conduta do magistrado deve, primeiramente, estar delimitada na própria lei, e esta, deve permitir ao magistrado certa liberdade para agir na produção da prova. A novíssima redação da

⁹ Recurso Especial n. 140.665 (97/0049926-0) – MG – relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira - QUARTA TURMA– publicação: 03/11/98. STJ: EMENTA: DIREITO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. PROVA GENÉTICA. DNA. REQUERIMENTO FEITO A DESTEMPO. VALIDADE. NATUREZA DA DEMANDA. AÇÃO DE ESTADO. BUSCA DA VERDADE REAL. PRECLUSÃO. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. INOCORRÊNCIA PARA O JUIZ. PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO. CERCEAMENTO DE DEFESA. ART. 130. CARACTERIZAÇÃO. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. COLHEITA DE MATERIAL DO MORTO ANTES DO SEPULTAMENTO. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO. I Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes. II. Além das questões concernentes às condições da ação e aos pressupostos processuais, a cujo respeito há expressa imunização legal (CPC, art. 267, §3º), a preclusão não alcança o juiz em se cuidando de instrução probatória. III. Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa, que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. IV. Na fase atual da evolução do direito de família, não se justifica inacolher a produção de prova genética pelo DNA, que a ciência tem proclamado idônea e eficaz.

¹⁰ AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 738.576 - DF (2005/0052062-6) - RELATORA : MINISTRA NANCY ANDRIGHI - TERCEIRA TURMA - EMENTA: PROCESSO CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ. PERÍCIA DETERMINADA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DEMANDA.PRECEDENTES. I. *Os juízos de primeiro e segundo grau de jurisdição, sem violação ao princípio da demanda, podem determinar as provas que lhes aprouverem, a fim de firmar seu juízo de livre convicção motivado, diante do que expõe o art. 130 do CPC.* II. *A iniciativa probatória do magistrado, em busca da verdade real, com realização de provas de ofício, é amplíssima, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça.* Agravo no recurso especial improvido.

lei nº 11.690, de junho de 2008 (processo penal)¹¹, determina que a prova da alegação incumba a quem a fizer, porém, permite ao juiz que produza de ofício uma prova, quando considerá-la urgente e relevante, mas desde que observada a necessidade e proporcionalidade da medida.

Um brocardo jurídico sustenta que o direito é como uma floresta, sendo impossível conhecê-la examinando apenas uma única espécie de árvore. É preciso que os diversos ramos do direito se entrelacem. Desta forma, fazendo uma integração com o processo penal e adequando ao sistema da *Civil Law*, poderemos vislumbrar que é preciso que o magistrado ao determinar uma produção de prova *ex-offício*, tome algumas cautelas.

4. Crítica a produção de prova ex-offício pelo Magistrado

Ressalta-se, primeiramente, que no sistema da *Civil Law*, deve o magistrado buscar sempre pautar sua conduta em norma escrita, ou pelo menos, que a sua conduta *ex-offício* não contrarie a norma escrita. Ato contínuo, inexistindo norma escrita, deve o magistrado avaliar a real necessidade e adequação da sua interferência *ex-offício* para realização daquela prova.

Por fim, tem-se ainda no sistema da *Civil Law*, que a aplicação da razoabilidade, proporcionalidade e a utilização das máximas de experiências do juiz, serão instrumentos subsidiários que o magistrado poderá se valer para uma produção de prova de ofício, tomando sempre o cuidado de não se transformar em um órgão acusador e parcial.

Não obstante aos argumentos acima, que permitem ao magistrado a produção de ofício de uma prova no sistema da *civil Law*, ressalta-se a existência de severas críticas por parte da doutrina. O argumento que é geralmente usada para criticar a atribuição do juiz em possuir poderes *ex-offício* de instrução probatória, que está bastante difundido, tem seu fundamento na perda da imparcialidade do magistrado quando produz uma prova *ex-offício*, porque acaba favorecendo

¹¹ Lei nº 11.690, de junho de 2008, referente ao processo penal: **Art. 156.** A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao **juiz de ofício: I**—ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.

uma ou outra parte, e também porque perde a sua independência, já que acaba valorando de modo desequilibrado as provas que se dispõe a assumir.

Referente ao argumento de perda de imparcialidade pelo julgador, TARUFFO sustenta que se assim fosse, o legislador Europeu teria sofrido um surto de loucura ao atribuir ao magistrado uma conduta pró-ativa, sem se dar conta que de tal modo colocaria em risco a imparcialidade do julgador.¹²

Para Taruffo não existe o juiz absolutamente passivo em nenhum sistema jurídico, quer seja o sistema da *civil Law*, quer da *common law*, para Michele Taruffo, os juízes não se convertem em parcial quando dispõem de uma prova ex-offício ou sugerem às partes que produzam uma prova, já que, também não se transforma em parcial, por exemplo, quando admitem ou excluem uma prova deduzida por uma parte, ou quando reduz, por exemplo, a lista de testemunhas, ou quando encerra a instrução probatória.

Segundo Taruffo o ordenamento que atribuí ao juiz um papel ativo na produção de prova, tem acreditado que tais poderes eram outorgados aos juízes capazes de avaliar corretamente e racionalmente sua função de estímulo, de controle e de iniciativa probatória, sem que ponham em perigo os valores fundamentais do processo civil.

Contudo, sendo a prova um meio de altíssima relevância para o convencimento do magistrado, deve ficar a cargo das partes, devendo ser permitido todas as oportunidades possíveis para que as partes consigam demonstrar a verdade do que alegam, devendo o magistrado produzir uma prova de ofício em situações excepcionais (perplexidade), pois, do contrário, correr-se-á o risco de

¹² TARUFFO, Michele; Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *Ius et Praxis*, 2006, vol.12, no.2, p. 12-13. ISSN 0718-0012: [...] “ Acerca disto, se pode observar, antes de tudo, a parte de duvidosa autenticidade e ingênuas noções psicológicas, sobre o que estes argumentos se baseiam, pois se fossem válidos, deveríamos, concluir que todos os legisladores europeus, cada um a seu modo, tem sidos assaltados por um vento de loucura que os induziu a atribuição do juiz um papel ativo na aquisição de provas, sem dar conta que de tal modo, haveria posto em risco o valor fundamental de imparcialidade e independência do juízo mental do mesmo juiz. Não havendo provas dessa loucura coletiva, deveríamos concluir que a experiência comparativa enseja a falta de fundamento de medo que o juiz, exercendo um papel ativo, se torne, por ele mesmo, parcial e incapaz de valorar corretamente o material probatório que tenha sido adquirido, também pelo juiz sobre a base de sua iniciativa”.

veremos o magistrado se transformar na própria prova dos autos, sendo ele mesmo o próprio julgador.

É fato que a grande maioria dos juízes são imparciais, tanto na produção de uma prova, quanto no seu julgamento final de mérito, no entanto, sabe-se da existência de magistrados que se envolvem emocionalmente nos debates acalorados que deveriam participar apenas os advogados das partes, ou até mesmo, por antipatia das partes ou dos seus advogados, o magistrado acaba deixando que suas emoções se aflorem e de alguma forma impedem que a parte consiga provar o que alega.

O Juiz não deve perder seu foco maior que é a justiça e a paz social, mesmo sendo um ser humano, precisa saber que todo processo envolve um drama, mesmo que para ele, esse drama pareça pequeno demais, com certeza, para as partes não o é.

Como bem acentua Carnelutti, citado por CARDINALLI, é fundamental que tenhamos magistrados capacitados, não só em direito, mas também em sociologia, antropologia e psicologia, já que os juízes são fundamentais para a pacificação do drama vivido pelas partes¹³.

As atitudes nocivas que o magistrado pode causar às partes quando age ex-ofício e sem a devida cautela, afetam, indiretamente, também a si mesmo, que só ao logo da sua carreira judicante alcançará o amadurecimento pertinente, percebendo assim, o seu grande poder diante do processo e as lesões que dele podem advir às partes ao fazer de sua verdade, uma certeza absoluta.

5. Considerações finais

Diante das ponderações feitas ao longo desta pesquisa, pôde-se concluir que o conhecimento abre duas grandes portas, o da soberba e o da humildade, tenho como claro, que as pessoas que

¹³CARNELUTTI, Fancesco. As misérias do processo penal. Traduzido por José Antonio Cardinalli. 2ª Ed. Editora Bookseller.SP. 2002. p. 35-37. p. 35-37: [...] Nenhum homem, se pensasse no que ocorre para julgar um outro homem aceitaria ser juiz. Contudo, achar verdadeiros juízes é necessário. O drama do direito é isto. Para ser juiz, é preciso ser mais do que um homem, não basta completar certos estudos, superar certos concursos, submeter-se a certo controle. Sobretudo hoje, se ensina que, para ser juiz, precisa estudar além do direito, sociologia, antropologia e psicologia, pois, certamente são estudos úteis e necessários.

escolhem o caminho da soberba, ao término de sua carreira se transformam em pessoas frustradas, amargas e com uma infelicidade espiritual inenarrável.

Portanto, tem-se que o juiz deva realmente assumir um papel pró-ativo no processo civil, mas o que não se tolera, é que ele se vala da sua notável força dentro de um processo, para assumir, injustificadamente, o papel que, via de regra, caberiam as partes.

Frise-se que na *Common Law*, contrariamente ao que ocorre no sistema da *civil law*, não é permitido ao juiz liberdade na produção das provas, sendo a produção de provas atribuição exclusiva das partes.

É certo ainda, que atualmente não estamos adotando o sistema da *Civil Law* puro, mas sim, uma espécie de sistema híbrido da *civil law*, que permite ao magistrado determinar uma produção de prova ex-ofício, desde que, ao nosso ver, observe certas cautelas, como a: 1) real necessidade e adequação da sua intervenção para realização da prova; 2) razoabilidade e a proporcionalidade daquela medida a ser tomada; 3) e a utilização das suas máximas de experiências.

Entender que o magistrado deva adotar sempre uma postura pró-ativa e não impor-lhe certos limites e cautelas é abrir-lhe o caminho para o perigoso campo do arbítrio.

6. Referências

ZANETI JR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelo de prova e de procedimento probatório. In: Revista de processo, ano 29, São Paulo: Revista dos Tribunais, p.343, ano: 2004.

TARUFFO, Michele. "Modelli di prova e di procedimento probatório". Revista di diritto Processuale, p.444, ano XLV, abr.-jun.1990.

TARUFFO, Michele; **Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa.** *Ius et Praxis*, 2006, vol.12, no.2, p.95-122. ISSN 0718-0012,

CAMBI, Eduardo. Direito Constitucional a prova no processo civil. In: coleção temas atuais de direito processual civil. Vol. 3. São Paulo. Revistas dos Tribunais. 2001, p. 170.

CAPPELLETTI, Mauro. O processo Civil no Direito Comparado – Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira – Belo Horizonte: culturaq jurídica. Ed. Líder; 2001, p. 60-61.

CAENEGEM, R.C. Van. Uma introdução histórica ao direito privado. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p.19

PRADO, Gerado. Estudo sobre o Sistema Acusatório, p. 157, Editora Lumen Juris, 1999.

CARNELUTTI, Fancesco. As misérias do processo penal. Traduzido por José Antonio Cardinalli. 2ª Ed. Editora Bookseller.SP. 2002. p. 35-37.

CARNELUTTI, Fancesco, Teoria Geral do Direito. Traduzido por Antonio Carlos Ferreira. São Paulo – LEJUS. 1999.

www.planalto.gov.br - lei n. 11.690, de 09 junho de 2008,

www.stj.gov.br - STJ. 4 t., Resp 140665-MG, rel Min Sálvio de Figueredo Teixeira., j. 17.09.1998. www. STJ.gov.br.

www.stj.gov.br - STJ - AgRg no Resp. 738.576-DF (2005/0052062-6) – Rel. Ministra Nancy Andrighi – Terceira Turma - 2005;

<http://www.droitcivil.uottawa.ca/world-legal-systems/fra-monde.php> - Distribuição global dos sistemas jurídicos.

<http://www.amb.com.br/> declaração do vice-presidente da associação incentivando os magistrados a adotarem uma conduta pró-ativa.