

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO CIVIL**

**Camila Silva do Amaral**

**A Colaboração no Processo Civil e o Poder Instrutório do Juiz como  
manifestação do Dever de Auxílio**

Porto Alegre

2015

**CAMILA SILVA DO AMARAL**

**A Colaboração no Processo Civil e o Poder Instrutório do Juiz como  
manifestação do Dever de Auxílio**

Trabalho de Conclusão apresentado ao  
Curso de Especialização em Processo  
Civil da Universidade Federal do Rio  
Grande do Sul.

Orientador: Dr. Daniel Mitidiero

Porto Alegre

2015

## RESUMO

Este trabalho apresenta um breve estudo sobre a colaboração no Processo Civil e sua influência em outros institutos do direito. Serão abordados dois temas principais: a colaboração e os poderes instrutórios do juiz, bem como a manifestação do poder de auxílio através dos poderes instrutórios. Trataremos os conceitos dos institutos acima referidos e a conexão que existe entre eles.

Palavras-chave: Colaboração. Poderes Instrutórios. Deveres do Juiz

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>5</b>
<b>1 A COLABORAÇÃO NO PROCESSO CIVIL .....</b>	<b>6</b>
1.1 A Colaboração como Modelo.....	6
1.1.1 Modelos <i>dispositivo, inquisitivo, assimétrico e isonômico</i> .....	7
1.1.2 <i>O modelo cooperativo</i> .....	10
1.2 A Colaboração como Princípio Processual e os deveres do Juiz na condução do processo .....	11
<b>2 O PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ COMO MANIFESTAÇÃO DO DEVER DE AUXÍLIO .....</b>	<b>17</b>
2.1 Conceito e Evolução Histórica .....	17
2.2 Limites aos Poderes Instrutórios do Juiz .....	23
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>28</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>29</b>

## INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo analisar a colaboração no processo civil, tanto como modelo processual, quanto como princípio, bem como analisar os poderes instrutórios do juiz, suas limitações e a ligação com os deveres do juiz na condução do processo.

Na primeira parte do trabalho conceituam-se os modelos tradicionalmente conhecidos pela doutrina brasileira, quais sejam, o dispositivo e inquisitório, para depois analisar o mais moderno modelo de direito processual, o cooperativo.

O modelo cooperativo, diferentemente dos demais, que apresentam o poder jurisdicional como figura inerte ou como principal sujeito do processo, acima dos demais e autoritário, traz como princípio básico a figura do juiz como participante ativo do processo, afastando-se a ideia do poder jurisdicional como mero espectador da lide ou assimétrico em relação às partes, fazendo com que este colabore, através de deveres específicos, com a busca da verdade e o consequente deslinde da causa.

Este modelo está diretamente ligado à segunda parte do trabalho, que analisa os poderes instrutórios do juiz, que visa também um juiz mais ativo na condução do processo, com poderes instrutórios mais amplos, que por sua vez, se conecta diretamente com a visão de processo cooperativo, principalmente no que diz respeito aos deveres do juiz, mais precisamente ao dever de auxílio. Importa ressaltar que, embora os poderes do juiz na visão colaborativa de processo sejam mais amplos, eles obedecem certas limitações, que servem para evitar o arbítrio do poder estatal.

## 1 A COLABORAÇÃO NO PROCESSO CIVIL

### 1.1 A Colaboração como Modelo Processual

No âmbito do Estado Constitucional de Direito, surge como forma de concretização do direito, bem como de busca da verdade real no Processo Civil, o que podemos chamar de colaboração ou cooperação processual.

Tal como coloca Marco Eugênio Gross, O Estado Constitucional se concebe na estruturação de qualidade do Estado, uma vez que este se submete ao direito, regido por leis e possuindo três poderes que não se confundem entre si.<sup>1</sup>

O autor entende que o Processo Civil não fica imune a isso, tendo em vista que a colaboração se funda no Estado Constitucional de Direito, na medida em que os Direitos Fundamentais, constitucionalmente previstos, são aplicados através do Processo Civil, sendo também um instrumento de concretização desses direitos.<sup>2</sup> Assim, conclui-se que não há processo justo sem que haja a colaboração.<sup>3</sup>

A Colaboração pode ser vista tanto como modelo processual civil, tanto como princípio. Tal abordagem se dará nos próximos tópicos do presente trabalho. Nas duas perspectivas, o processo pode ser visto como mecanismo de cooperação do juiz para com as partes, baseada em seus deveres de condução de forma mais abrangente, não se limitando somente ao julgar a causa, mas trazendo uma figura de juiz que participa mais ativamente da lide, deixando para trás a figura inerte do juiz.

---

<sup>1</sup> GROSS, Marcos Eugênio. A Colaboração Processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação da sentença. Revista de Processo. *RePro* 226, 2013. p. 116-117

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 119

<sup>33</sup> MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil como Prêt-à-Porter? Um convite ao diálogo para Lênio Streck. Revista de Processo, v. 194, n. 36, 2011

Essa perspectiva diz respeito diretamente ao Estado Constitucional no que diz respeito a seu aspecto democrático e pode se dar, de acordo com Gross, através do contraditório, que proporciona o diálogo entre as partes. Esse diálogo se estende ao juiz, coibindo sua participação arbitrária.

Para Daniel Mitidiero, a colaboração é um modelo que visa organizar a função das partes e do juiz no processo. Esta ideia, conforme explicita o autor, tem o intuito de dar feição ao formalismo do processo (em sentido amplo), equilibrando a atuação de todas as partes.<sup>4</sup>

No que diz respeito ao aspecto constitucional da colaboração, o autor, juntamente com Luiz Guilherme Marinoni, acrescenta que:

O legislador tem o poder de perfilar o processo a partir de sua normatividade, densificando a colaboração no tecido processual. E aqui importa deixar claro: a colaboração no processo não implica colaboração entre as partes. As partes não querem colaborar. A colaboração no processo, devida no Estado Constitucional, é a colaboração do juiz com as partes. Gize-se não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte no litígio.<sup>5</sup>

A colaboração remete à visão pluralista do processo, que está diretamente ligado ao Estado Constitucional, bem como à ideia do Estado Democrático de Direito, onde o Estado passa a ter papel mais ativo com a função de cumprir os deveres constitucionais previstos e onde há participação efetiva dos interessados a resolver os conflitos. Demonstra-se que o modelo cooperativo de processo é o mais adequado à democracia, tendo em vista que os dois aspectos somados forma a base da colaboração processual.

### *1.1.1 Modelos dispositivo, inquisitivo, assimétrico e isonômico*

No Brasil a doutrina identifica dois modelos estruturais de um processo: o modelo adversarial e o modelo inquisitorial, ligados os princípios do

---

<sup>4</sup> MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil como Prêt-à-Porter? Um convite ao diálogo para Lênio Streck. Revista de Processo, v. 194, n. 36, 2011.

<sup>5</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. SARLET, Wolfgang Ingo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 710.

dispositivo e inquisitivo. O primeiro trata-se de modelo onde a condução do processo se dá exclusivamente por iniciativa das partes, onde o órgão jurisdicional tem papel passivo, cuja principal função é a de decidir, contentando-se com a versão trazida pelas partes. Já no sistema inquisitivo o juiz é quem figura como protagonista. Nota-se que a função dos dois sistemas está diretamente ligada aos poderes do juiz.

Fredie Didier Jr. identifica o modelo adversarial, onde a maior parte da atividade processual é desenvolvida pelas partes, como um “*conflito entre dois adversários diante de um órgão jurisdicional relativamente passivo, cuja principal função é a de decidir.*” O modelo inquisitorial, na concepção do autor, traz como premissa o protagonismo do órgão judicial em relação às partes.<sup>6</sup> Assim, pode-se dizer que no modelo adversarial prepondera o princípio dispositivo, enquanto o inquisitorial tem como base o princípio inquisitivo.

Tanto a dispositividade, quanto a inquisitividade se dá em vários temas processuais, tais como instauração do processo, produção de provas, análise de questões de fato e de direito, dentre outras, em nada impedindo que o legislador utilize em relação a um tema o princípio do dispositivo e em relação à outro, o princípio inquisitivo. Importante ressaltar, tal como coloca Freddie Didier Jr., que, embora sejam modelos diversos, não se afasta a possibilidade de em relação a um tema utilizar-se o dispositivo e em outro o inquisitivo. Como anteriormente falado, o autor, pode traz como exemplo os artigos 128, 263 e 460 do CPC (proposição da lide e limite do objeto a ser discutido), que são em regra atribuições da parte. Já em relação à instrução probatória, a legislação admite que seja determinada de ofício, de acordo com o que preceitua o artigo 130.<sup>7</sup>

Nota-se que é difícil estabelecer um critério que identifique dispositividade ou inquisitividade que não contenha exceções. Didier refere que não há sistema totalmente dispositivo ou inquisitório, sendo ambos

---

<sup>6</sup> DIDIER JR, Freddie. Os Três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo *in* Revista de Processo - Ano 36, vol. 198. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 214.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 216.

procedimentos construídos dos dois elementos, não podendo-se fazer tal afirmação também no que se refere ao sistema processual brasileiro. O que se pode afirmar é a predominância de um elemento ou de outro em relação ao tema.<sup>8</sup>

Daniel Mitidiero, diferente do que entende Didier, identifica outros dois modelos processuais diferenciados. Para o autor, o processo pode ser visto como isonômico e também como assimétrico. O processo é isonômico, pois considera a diferença entre as partes e o poder público, evidenciando a isonomia. Nesta seara, no que tange ao contraditório, o autor entende que:

*Ao contraditório é deferida a função de tornar possível o diálogo judicial. A conduta das partes é apreciada tendo em conta esquemas de boa-fé subjetiva. A busca pela verdade é uma constante, entendida, todavia, como tarefa exclusiva das partes.<sup>9</sup>*

O segundo modelo identificado pelo autor configura-se como assimétrico, na medida em que separa as partes do poder público, conferindo a este posição acima dos demais. Mitidiero entende que nesse modelo assimétrico de processo, a conduta das partes também é guiada pelos princípios da boa-fé subjetiva, contudo, somente no que concerne às partes. O percurso da busca pela verdade acaba por ser tarefa exclusivamente a ser conduzida pelo Estado.<sup>10</sup> Assim o juiz assume o papel relevante e acaba por desigualar a relação de isonomia entre as partes ao tomar para si a responsabilidade de lidar, inclusive, com o material probatório. Quanto ao contraditório no modelo assimétrico, passa a ser mera bilateralidade, na medida em que o juiz é quem assume o papel principal.

---

<sup>8</sup> DIDIER JR, Freddie. Os Três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo *in* Revista de Processo - Ano 36, vol. 198. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 216

<sup>9</sup> MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 112.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 114

### 1.1.2 O modelo cooperativo

Ultrapassando a ideia dos modelos dispositivo e inquisitório, bem como o isonômico e assimétrico, surge como resultado um terceiro modelo processual, baseado no princípio da cooperação. A colaboração processual vem como modelo tem por premissa organizar o papel das partes e do juiz na conformação do processo<sup>11</sup>, que buscam a verdade de modo igualitário. O juiz passa a ser isonômico na condução do processo e assimétrico somente no momento das decisões.

Para que se origine um sistema processual cooperativo, que se baseia, obviamente, no princípio da colaboração são necessários três outros princípios basilares: o contraditório, a boa-fé processual e o devido processo legal.

O princípio do contraditório, em seu conceito mais simples, está ligado ao direito de defesa, à prerrogativa do réu em defender-se, através da contestação, do que foi alegado pelo autor na petição inicial. É do contraditório que se estabelece a lide e da discussão entre as partes durante todo o curso do processo que o juiz extrai elementos para proferir a decisão justa. No modelo cooperativo de processo, há o redimensionamento do contraditório, permitindo que o juiz seja incluído no rol dos sujeitos do diálogo processual, não mais figurando somente como mero espectador.<sup>12</sup>

A boa-fé no modelo cooperativo reside justamente no dever de conduta de cada uma das partes, mas principalmente com relação ao juiz, que recebe uma dupla função e que se torna igualitário no que se refere ao diálogo processual e assimétrico nas decisões.<sup>13</sup> Esse dever de boa-fé no processo cooperativo é identificado a partir do momento em que no modelo inquisitivo de processo, assimétrico no todo e não somente no momento das decisões, já que

---

<sup>11</sup> MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil como Prêt-à-Porter? Um convite ao Diálogo para Lênio Streck *in* Revista de Processo - Ano 36, vol.194. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 57.

<sup>12</sup> DIDIER JR, Freddie. Os Três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo *in* Revista de Processo - Ano 36, vol. 198. Editora Revista dos Tribunais, 2011p.

220

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 220.

neste, conforme exposto por Mitidiero, poderia ser reconhecido ao Estado o direito de mentir para a obtenção da verdade.<sup>14</sup>

O devido processo legal é um dos principais princípios de direito e, como se sabe, está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIV.<sup>15</sup> Podemos identificar dois aspectos que são inerentes a este princípio. Tratam-se dos aspectos procedimental e substancial. No primeiro há uma preocupação com o acesso ao processo justo, já o segundo diz respeito ao mecanismo de coibir ações arbitrárias do Estado.

Ademais, tal como refere Didier, o princípio do devido processo legal confere ao juiz uma série de deveres que o fazem também como elemento do contraditório, como dito anteriormente, devendo o Estado obedecer os limites do devido processo. A assimetria nesse ponto identifica tão somente que o órgão jurisdicional possui função própria, conteúdo de poder que lhe é exclusivo.<sup>16</sup>

Assim, pode-se dizer que o devido processo legal possibilita o controle sobre os atos estatais sem, no entanto, deixar de examinar os procedimentos, a fim de que se garanta um processo justo.

## **1.2 A Colaboração como Princípio Processual Civil e os deveres do juiz na condução do processo**

Para Reinhard Greger, o princípio da colaboração, em seu aspecto positivo, deve ser compreendido à luz da ciência processual moderna onde o processo

---

<sup>14</sup> MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 114.

<sup>15</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

(...)

<sup>16</sup> DIDIER JR, Freddie. Os Três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo *in* Revista de Processo - Ano 36, vol. 198. Editora Revista dos Tribunais, 2011p. 220.

civil é uma relação entre os sujeitos processuais. Para o autor, o princípio da colaboração expressa que o processo liga os envolvidos com o fim de alcançar o propósito processual.<sup>17</sup>

Greger traz dois aspectos da colaboração, um negativo e outro positivo. Em seu aspecto negativo, ou seja, a fim de expor o que não é a colaboração, o autor informa que não se pode pensar a colaboração como relação harmônica entre as partes e a figura do juiz como “*terapeuta social*”. Além disso, não se pode ligar a cooperação à necessidade de existir o dever de esclarecimento geral das partes, bem como que o dever de informação, que se considerada a estreita relação com a cooperação, diz respeito somente a somente um lado da cooperação.<sup>18</sup>

O aspecto positivo, ou seja, no sentido de conceituar o princípio da colaboração, o autor informa que se trata de relação jurídica entre os sujeitos processuais, isto é, entre as partes e o juiz e entre as partes, que esclarece fenômenos como a sucessão processual e a validade da boa-fé, mas que também oferece base para deveres processuais e ônus das partes e do juiz.<sup>19</sup>

No que tange à atuação do juiz em relação à colaboração, o autor expõe que:

(...) a compreensão correta da cooperação, em relação ao papel do juiz, significaria que este não tem de conduzir o processo passiva nem autoritariamente. Ele deve se comportar, na interação com as significativas atividades das partes, de modo que se possa alcançar o propósito do processo o mais fácil, rápida e completamente possível.<sup>20</sup>

Conforme já falado anteriormente, os modelos de processo civil, tradicionalmente conhecidos, nos trazem maneiras diferentes da atuação do juiz no processo. O modelo dispositivo traz como elemento a figura de condução exclusivamente pelas partes, sendo o juiz mero espectador. O

---

<sup>17</sup> GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Traduzido por Ronaldo Kochem. 2011, p. 125.

<sup>18</sup> GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Traduzido por Ronaldo Kochem. Revista dos Tribunais. *RePro* 206. 2012. p. 125.

<sup>19</sup> GREGER, loc. cit.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 126.

modelo de processo inquisitório apresenta o órgão jurisdicional autoritariamente ativo, figurando como o personagem principal do processo, conduzindo-o e apropriando-se do direito, sendo seu o direito de aplicar no processo.<sup>21</sup>

No modelo cooperativo, a figura do juiz é modificada, na medida em que se mostra igualitário na condução do processo e assimétrico somente no momento das decisões. Mitidiero expõe que essa dupla posição se dá em todo o curso do formalismo processual; do seu início, ao fim.<sup>22</sup>

No Código de Processo Civil vigente parte da concepção isolada da figura do juiz que atua somente nas decisões, via de regra, independente do impulso das partes. Cabe a ele observar tratamento igualitário entre as partes, primar pela celeridade processual e preservar a dignidade da justiça.<sup>23</sup>

Para as partes, a cooperação faz com que essas atuem com efetiva participação na gestão do processo e não somente discutam a gestão dada pelo juiz. Neste sentido, Greger entende que:

Para as partes, o princípio da cooperação não significa que elas devam oferecer o seu processo em íntimo companheirismo – essa seria uma utopia alienígena. (...). Adequadamente compreendida, a exigência de cooperação ao invés de determinar apenas que as partes – cada uma para si – discutam a gestão adequada do processo pelo juiz, faz com que elas participem.<sup>24</sup>

O autor alemão traz ainda como o modelo de cooperação se desenvolve na ZPO. Em relação ao papel do juiz, relata que o magistrado não é orientado a inquirir processualmente, mas a provocar o exercício de liberdade das partes. Exemplos dessa premissa estão elencados nos seguintes dispositivos: § 139 I, 278 III e § 141 I da ZPO, tais como o convite ao comparecimento pessoal das

---

<sup>21</sup> MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 113.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 114.

<sup>23</sup> ZUFELATO, Camilo. Análise Comparativa da Cooperação e colaboração entre os sujeitos processuais nos projetos de novo CPC *in* Novas tendências do Processo Civil: Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Ed. Jus PodiVm. 2012. p. 103.

<sup>24</sup> GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Traduzido por Ronaldo Kochem. Revista dos Tribunais. *RePro* 206. 2012. p. 125.

partes não deve servir ao esclarecimento do juiz, mas à apreciação dos argumentos trazidos pelas partes. O juiz também pode ordenar a apresentação de documentos, mas somente aqueles referidos pelas partes.<sup>25</sup>

No que concerne à atuação das partes na colaboração prevista na ZPO alemã, o dever de cooperação, apesar de não ser claramente identificado, está previsto através, por exemplo do comparecimento forçado no procedimento oral, sob pena de aplicação de multa (§ 141 III).<sup>26</sup>

Camilo Zufelato entende que quanto à colaboração a única referência expressa do atual CPC está prevista no artigo 339<sup>27</sup>, referente ao dever dos sujeitos do processo em colaborar para o descobrimento da verdade. O autor acrescenta ainda que tal concepção está longe da nova ideia de processo cooperativo, mas que se a colaboração processual for entendida como dever de boa-fé, esta pode ser encontrada nos artigos 14 e 17 do CPC.<sup>28</sup>

<sup>25</sup> GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Traduzido por Ronaldo Kochem. Revista dos Tribunais. *RePro* 206. 2012. p. 127.

<sup>26</sup> GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Traduzido por Ronaldo Kochem. Revista dos Tribunais. *RePro* 206. 2012. p. 127.

<sup>27</sup> Art. 339. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

<sup>28</sup> Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001) I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - proceder com lealdade e boa-fé; III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento; IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito. V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001) Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui ato atentatório ao exercício da jurisdição, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado. (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001) (Vide ADIM 2652, de 2002)

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980) I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980) II - alterar a verdade dos fatos; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980) III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980) IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980) V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980) VI - provocar incidentes manifestamente infundados. (Redação dada pela Lei nº 6.771, de 27.3.1980) VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório. (Incluído pela Lei nº 9.668, de 23.6.1998)

Em contrapartida ao previsto na legislação processual atual, o projeto do novo código consagra a colaboração nas seguintes dimensões: conceitual e principiológica e específica e pontual, que refletem tanto na parte geral, quanto nos demais dispositivos procedimentais.<sup>29</sup>

Os deveres do juiz nesse aspecto são importantíssimos, vez que deixa de ser inerte na condução do processo e assume a figura colaborativa. O mais difícil, nas palavras de Freddie Didier, é sistematizar os deveres processuais que decorrem da cooperação, que, para o autor, são divididos em dever de esclarecimento, lealdade e proteção.

Para as partes, o dever de esclarecimento reside na incumbência da parte em oferecer demanda com clareza e coerência. O dever de lealdade concerne na máxima da proibição da litigância de má-fé e o dever de proteção consiste na proibição de causar danos à parte adversária, tal como preveem os artigos 879 a 881 do CPC<sup>30</sup> que punem o atentado.<sup>31</sup>

Ao órgão jurisdicional também se aplica o dever de lealdade como consequência do princípio da boa-fé ressaltado anteriormente.

Importante ressaltar que o dever de esclarecimento não se restringe ao dever do órgão jurisdicional esclarecer-se junto às partes, mas também em relação ao magistrado em esclarecer suas razões de decidir, do dever de motivar sua decisão.

---

<sup>29</sup> ZUFELATO, Camilo. Análise Comparativa da Cooperação e colaboração entre os sujeitos processuais nos projetos de novo CPC *in* Novas tendências do Processo Civil: Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Ed. Jus Podivm. 2012. p. 103.

<sup>30</sup> Art. 879. Comete atentado a parte que no curso do processo: I - viola penhora, arresto, seqüestro ou imissão na posse; II - prossegue em obra embargada; III - pratica outra qualquer inovação ilegal no estado de fato.

Art. 880. A petição inicial será autuada em separado, observando-se, quanto ao procedimento, o disposto nos arts. 802 e 803. Parágrafo único. A ação de atentado será processada e julgada pelo juiz que conheceu originariamente da causa principal, ainda que esta se encontre no tribunal.

Art. 881. A sentença, que julgar procedente a ação, ordenará o restabelecimento do estado anterior, a suspensão da causa principal e a proibição de o réu falar nos autos até a purgação do atentado. Parágrafo único. A sentença poderá condenar o réu a ressarcir à parte lesada as perdas e danos que sofreu em consequência do atentado.

<sup>31</sup> DIDIER JR., Freddie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013. p. 95.

No que se refere ao dever de consulta, este consiste no fato de o juiz não poder decidir questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida de ofício, sem intimar as partes a se manifestar. Assim, evitam-se decisões surpreendentes para as partes, tendo em vista que o juiz chama as partes ao diálogo, a fim de que discutam acerca das possibilidades de solução do litígio.<sup>32</sup>

O dever de prevenção, que é uma variante do dever de proteção, fundamenta-se do dever de apontamento das eventuais deficiências processuais apresentadas nas postulações das partes, a fim de que possam ser supridas e, assim, evitar o uso inadequado do processo.

Nesta seara, entende Didier que não se pode indeferir petição inicial sem que seja dada a oportunidade de sanar o defeito, tal como preceitua o artigo 284 do CPC.<sup>33</sup>

Em relação ao dever de auxílio, este se fundamenta no dever do magistrado em auxiliar a parte a superar eventual dificuldade que lhe impeça de exercer seu papel no processo. Neste sentido, Mitidiero coloca que:

Muitas vezes depende de determinado comportamento da parte contrária para que o juiz possa colaborar com a outra, dá lugar à possibilidade de o órgão jurisdicional sancioná-la por descumprimento de seu dever de obediência ao juízo, conforme previsto no artigo 14 do CPC.<sup>34</sup>

Assim, como coloca o autor Freddie Didier, o modelo cooperativo tem como finalidade transformar o processo em uma “comunidade de trabalho”, a fim de que responsabilize as partes e o Tribunal pelos resultados e que torne mais efetiva e célere a descoberta da verdade, objeto do litígio.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> DIDIER JR., Freddie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013. p. 96

<sup>33</sup> DIDIER JR., Freddie. Op. Cit., p. 98

<sup>34</sup> MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil como Prêt-à-Porter? Um convite ao Diálogo para Lênio Streck *in* Revista de Processo - Ano 36, vol.194. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 65.

<sup>35</sup> DIDIER JR., Freddie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013. p. 98.

## 2 O PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ COMO MANIFESTAÇÃO DO DEVER DE AUXÍLIO

### 2.1 Conceito e evolução histórica

Após a proclamação da independência, o Brasil herdou as normas das chamadas Ordenações Filipinas. Em relação aos poderes instrutórios, essas normas dispunham que a atividade probatória do juiz se aproximava mais da fiscalização do que da participação na solução do conflito.

Segundo José Roberto dos Santos Bedaque “No Século XIX, o processo era concebido como meio pelo qual se asseguravam os direitos subjetivos das pessoas, não sendo escopo da atividade jurisdicional a defesa do direito objetivo e do interesse público”.<sup>36</sup>

Tinha-se, então, uma visão mais privatista da atividade jurisdicional, com o juiz atuando como figura inerte na instrução probatória, o qual atuava como mero espectador da iniciativa das partes.

Com o passar do tempo, a atividade do juiz se tornou mais ampla. Inclusive, já no Código de Processo Civil de 1939, se concedia poderes mais amplos ao juiz, no exercício da jurisdição, a partir do momento em que lhe conferia, de ofício, o poder de ouvir testemunhas referidas ou determinar a exibição de coisas e documentos.<sup>37</sup>

Outro fator histórico que contribuiu para o incremento dos poderes instrutórios tanto no CPC de 39, quanto no de 73, foram as ideias de Franz Klein no processo austríaco. Para Alvaro de Oliveira trata-se de uma visão renovada na justiça civil que foge dos conceitos autoritários e individualistas antes propostos pelos processos romano-justiniano e liberais do século XIX, consecutivamente. Klein tinha a ideia do processo civil como instituição de

---

<sup>36</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes Instrutórios do Juiz. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 78.

<sup>37</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Da Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2011. p. 6

bem-estar social, passando o juiz a ter relação imediata com as partes e com as provas, que seriam livremente apreciadas. Ou seja, maiores poderes ao juiz ao direcionar o processo. Neste sentido, a ZPO austríaca, em seu § 432 que permite ao juiz a instrução das partes desconhecedoras do direito ou não representadas por advogado e aconselhá-las sobre as consequências jurídicas de seus atos ou omissões.<sup>38</sup>

Alvaro de Oliveira expõe a ideia de processo trazida por Klein quando da codificação austríaca em 1895:

O processo só será racional e conforme à moderna concepção estatal, se a tutela jurídica verificar-se não só com a sentença, mas desde o primeiro passo do procedimento, com outorga de efetiva assistência estatal. Tal não é nenhuma utopia. Precisa-se apenas deixar livre a força vinculante do juiz e colocá-la, com os restantes órgãos estatais, a serviço do direito, do bem comum e da paz social. (...) A tarefa do juiz, para pronunciar a verdade, é a de investigar conforme a verdade. Pois uma imagem verdadeira e correta é a principal condição de uma sentença justa.<sup>39</sup>

Para Klein, alguns princípios, tais como a oralidade e livre apreciação da prova são meios para atingir o objetivo do processo, sendo necessária a participação do juiz de forma mais intensa na direção do processo e na investigação dos fatos.<sup>40</sup>

Ao analisar criticamente o posicionamento de Klein, Alvaro de Oliveira, informa que esse aumento dos poderes do juiz não podem ser vistos como poderes indeterminados, o que resultaria no arbítrio do poder estatal. Entendeo autor que o excesso de poderes dado ao órgão jurisdicional acarretaria na livre discricionariedade do juiz, prejudicando a igualdade das partes na relação processual e violação da segurança jurídica.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do Formalismo no Processo Civil. São Paulo. Editora Saraiva. 2010. p. 75

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 76-77

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 187

<sup>41</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do Formalismo no Processo Civil. São Paulo. Editora Saraiva. 2010. p. 187.

Para Sérgio Mattos<sup>42</sup>, no Brasil, o Código de Processo Civil, em seu artigo 130<sup>43</sup>, dispõe que em qualquer caso cabe ao juiz a determinação das provas que julgue necessárias à instrução da causa.

O Autor ilustra sua explanação com um trecho do ensinamento de Aureliano Gusmão, que dizia que “*ao juiz incumbe ordenar quaisquer diligências que lhe pareçam necessárias à apuração da verdade dos fatos*”, tecendo crítica à figura inerte do juiz:

(...) se é certo serem as partes litigantes as mais direta e imediatamente interessadas nessa operação, não é menos certo ser do máximo interesse para a comunhão social que a tutela dos direitos individuais a todos seja plenamente assegurada e conseqüentemente que a justiça, nas decisões das controvérsias sobre as múltiplas e variadas relações de direito privado, se realize, quanto possível, do modo o mais perfeito e integral; o que a experiência tem demonstrado muitas vezes falhar, no vetusto sistema das provas por iniciativa única e exclusiva das partes. O juiz, órgão atuante do direito, não pode ser uma pura máquina, uma figura inerte e sem iniciativa própria, na marcha e andamento dos processos, só agindo por provocação, requerimento ou insistência das partes.<sup>44</sup>

O certo é que a partir do Século XX, algumas limitações exageradas à atividade jurisdicional foram eliminadas. A reação à inércia judicial iniciou-se justamente através de Aureliano de Gusmão, para quem a iniciativa probatória já não mais satisfazia as exigências processuais de então.<sup>45</sup>

O Professor da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, conclui seu pensamento com uma frase que demonstra claramente o objetivo do presente trabalho: “*O juiz, órgão actuante do direito não pode ser pura machina, uma figura inerte e sem iniciativa própria, na marcha e andamento*

---

<sup>42</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Da Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2011. p. 7

<sup>43</sup> Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

<sup>44</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. *Da Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense,

<sup>45</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes Instrutórios do Juiz. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 78.

*dos processos, só agindo por provocação, requerimento ou insistência das partes.*<sup>46</sup>

Hoje, os poderes instrutórios do juiz, como antes mencionado, são dotados de maior amplitude. Pode-se dizer que, através de uma tendência publicista, todas as funções emanadas do órgão estatal tem função pública. Esta é a visão de Daniel Penteado de Castro. O autor sustenta que embora o processo, na maioria das vezes, seja dirigido ao interesse da solução de conflitos privados, não há que se esquecer do caráter público deste. Como se trata de função pública, tais como a administrativa e legislativa, o Estado também tem interesse no seu efetivo funcionamento.<sup>47</sup>

Assim, tendo em vista a descaracterização privatista do Processo Civil Brasileiro, conclui-se que, observando, por óbvio, os limites impostos, não há mal em o magistrado adotar uma postura mais ativa dentro do processo, haja vista que a ele compete a busca da verdade para a formação de sua convicção e, por consequência, resultando no julgamento justo.

Importa ressaltar que não há como discorrer sobre o poder instrutório que possui o juiz no exercício da magistratura sem que se mencione seus deveres, bem como a questão probatória que envolve a lide e os poderes que possui o juiz em relação à instrução processual.

Para que se possa passar à análise do dever de auxílio é necessário que se mencione a questão probatória. A prova destina-se a permitir que o juiz tenha conhecimento da ocorrência ou não de determinado fato relevante para o julgamento a ser proferido. Muito embora se tenha definido qual a finalidade da prova, seu conceito irá variar conforme o ângulo que se pretende analisar: atividade probatória ou resultado.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> A transcrição integral da conclusão do pensamento do Professor Aureliano Gusmão fez-se imprescindível, tendo em vista que demonstra a preocupação com a efetividade do processo já no início do séc. XX, bem como ilustra de forma clara o objetivo do presente trabalho.

<sup>47</sup> CASTRO, Daniel Penteado de. *Poderes Instrutórios do juiz no Processo Civil*. 2013. São Paulo: Saraiva.

<sup>48</sup> GARCIA, André Almeida. *Prova Civil*. São Paulo. Editora Saraiva, 2009. p. 28

Assim, não há como estabelecer um conceito único de prova, uma vez que ela pode ser tanto a atividade desenvolvida pelos sujeitos do processo como o instrumento para demonstrar a existência dos fatos. Ora é atividade, ora é o resultado produzido por essa atividade.<sup>49</sup>

A prova consiste em direito fundamental previsto em nossa Constituição (art. 5º, incisos LV e LVI<sup>50</sup>), sendo parte integrante do direito fundamental ao processo justo. O direito à prova implica na possibilidade de se fazer alegações fáticas no curso do processo. Além disso, implica na obtenção de decisão justa, através do princípio da motivação e do direito à valoração da prova.

Para Mitidiero e Alvaro de Oliveira para que uma alegação fática possa ser objeto de prova, é necessário que esta seja pertinente, relevante e controversa. Para os autores, a alegação pertinente é aquela que se refere diretamente à causa que está sendo julgada. Controversa é a alegação sobre a qual pendem duas ou mais versões. Já a alegação relevante é aquela capaz de promover a compreensão da alegação de fato.<sup>51</sup> Essas alegações de fato estão diretamente ligadas ao objeto da prova. O objeto da prova é saber se as afirmações que as partes fazem acerca dos fatos estão certas ou, pelo menos, se chega o mais próximo possível da realidade.

Diante da afirmação de que o conjunto das alegações devem ser pertinentes, controvertidos e relevantes para o julgamento da causa, pode-se concluir que a finalidade da prova é o esclarecimento da verdade ou sua proximidade em relação ao próprio objeto da prova.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> GARCIA, André Almeida. Prova Civil. São Paulo. Editora Saraiva, 2009. p. 29-30

<sup>50</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

<sup>51</sup> MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Curso de Processo Civil. São Paulo. Editora Atlas. 2010.

<sup>52</sup> CASTRO, Daniel Penteadado de. Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Civil. São Paulo. Editora Saraiva. 2013. p. 116

É justamente no direito à prova que reside o dever de auxílio do juiz relacionado à colaboração no processo civil, na medida em que o juiz auxilia as partes no que concerne à produção dessas provas e em outras eventuais dificuldades que as partes encontrarem de demonstrar seu direito. Importante ressaltar que muitas vezes esse dever de auxílio depende de determinado comportamento da parte contrária para que o juiz possa auxiliar a outra, mas que, baseado na colaboração, tem a possibilidade de aplicar sanção por descumprimento de dever por desobediência<sup>53</sup>, ou seja, pune o ato atentatório ao exercício da jurisdição pelas partes, conforme preceitua o parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil.

O artigo 130 do Código de Processo Civil prevê que o magistrado poderá produzir prova de ofício. Assim, demonstrado está que os poderes instrutórios do juiz e o seu dever de auxílio são importantes no que diz respeito à busca da verdade ou, pelo menos, se aproxime dela.

Ademais, o exercício do dever de auxílio baseia-se na premissa constitucional de direito à tutela adequada e efetiva, consagrada no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal<sup>54</sup>, tendo em vista que ao auxiliar as partes o magistrado estará instrumentalizando esse direito fundamental.

Cumprido ressaltar, por fim, que o Novo Código de Processo Civil, tanto conceitualmente, quanto principiologicamente traz essa visão colaborativa, inerente, obviamente, aos poderes do juiz, de forma plena, na medida em que consagrada através de diversos artigos, sempre pautada na boa-fé e dando contemporaneidade ao contraditório e à ampla defesa.<sup>55</sup> A exemplo, os artigos

---

<sup>53</sup> MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil como Prêt-à-Porter? Um convite ao Diálogo para Lênio Streck *in* Revista de Processo - Ano 36, vol.194. Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 65.

<sup>54</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

(...).

<sup>55</sup> ZUFELATO, Camilo. Análise Comparativa da Cooperação e colaboração entre os sujeitos processuais nos projetos de novo CPC *in* Novas tendências do Processo Civil: Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Ed. Jus Podivm. 2012. p. 103.

5º, 6º, 7º, 8º, 9º e 10, dispostos na parte geral do Novo Código que foi sancionado em 16 de março de 2015.<sup>56</sup>

## 2.2 Limites aos Poderes Instrutórios do Juiz

Mesmo com a grande amplitude dos poderes instrutórios, deve-se levar em conta que há certas limitações a esse poder. As limitações encontram amparo nos princípios constitucionais e processuais. O juiz deve sempre observar, para agir dentro dos limites de seu poder, às previsões constitucionais. Um desses princípios, o da demanda, diz respeito ao juiz estar adstrito ao julgamento do pedido, nos moldes em que foi feito na petição inicial.

Ainda, sobre o princípio da demanda, no que concerne a figura do magistrado, limita os poderes instrutórios, na medida em que adstringe ao pedido do autor a natureza da sentença prolatada.

Neste sentido:

Ressalvadas as exceções previstas em lei, o sistema brasileiro é rígido, buscando preservar a necessária imparcialidade do órgão judicial, dada a manifesta arbitrariedade do juiz que decide a respeito do pedido por ele mesmo formulado.<sup>57</sup>

---

<sup>56</sup> Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

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.

<sup>57</sup> MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Curso de Processo Civil. São Paulo. Editora Atlas. 2012. p. 68-71

De acordo com essa premissa, as partes é que limitam os poderes, mediante a fixação do objeto do processo. Esse princípio tem como máxima a ideia de que são as partes que movimentam o processo. É o autor, fazendo uso de sua prerrogativa de acesso ao Poder Judiciário, que impulsiona o juiz.<sup>58</sup> Assim, o exercício dos poderes instrutórios deverá destinar-se somente à busca de provas necessárias à formação do livre convencimento naquele caso concreto, de acordo com as alegações feitas pelas partes.<sup>59</sup>

Então, uma das limitações concerne na produção de provas pertinentes ao pedido e causa de pedir. E é daí que se extrai o dever de motivação das decisões, princípio estabelecido constitucionalmente (arts. 93, IX, da Constituição Federal e 131, 458, inciso II e 165 do Código de Processo Civil).<sup>60</sup>

O princípio da motivação das decisões tem o condão de impedir decisões arbitrárias e sem fundamentação. É dele que deriva a segunda principal limitação ao exercício do poder instrutório. O dever de motivação tem como conceito de que o juiz deve fundamentar todas as suas decisões.

Importante ressaltar que seja admitindo ou indeferindo a produção de determinada prova ou, ainda, designando-a de ofício, o juiz deve revestir-se de ampla fundamentação, explicando os motivos e a linha de raciocínio que o fez chegar a certo entendimento.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. Livraria do Advogado. 2013. p. 115

<sup>59</sup> CASTRO, Daniel Penteadado de. Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Civil. São Paulo. Editora Saraiva. 2013. p. 192

<sup>60</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...)IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Art. 458. São requisitos essenciais da sentença: (...) II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito.

Art. 165. As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.

<sup>61</sup> CASTRO, Daniel Penteadado de. Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Civil. São Paulo. Editora Saraiva. 2013. p. 194

Além do dever de motivação das decisões judiciais, deve-se salientar que a observação ao contraditório e à ampla defesa são fundamentais para que se garanta às partes a efetiva participação na atividade probatória, assegurando-as a oportunidade de ciência e manifestação da decisão.

Outra das principais limitações se refere ao princípio da vedação de provas ilícitas, sejam elas puramente *ilícitas* ou *obtidas por meios ilícitos*. Para efeitos de conceito, a prova ilícita é aquela que contraria as normas de direito material.<sup>62</sup> Tal princípio prevê que somente são admitidas no processo as provas obtidas por meios lícitos. A ideia advém do contido no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal<sup>63</sup>.

Em relação ao tema do presente trabalho, a vedação da prova ilícita se liga diretamente à admissibilidade da prova, ou seja, *a prova obtida por meios ilícitos*, pois são estas que comportam certa relativização quanto à admissibilidade. Admissibilidade da prova obtida por meios ilícitos viola os princípios constitucionais, tais como, por exemplo, a intimidade e a vida privada, nos casos de quebra de sigilo telefônico.<sup>64</sup>

Como acima mencionado, há certa relativização na utilização das provas obtidas por meios ilícitos. Deve-se ponderar tal princípio com outro de maior carga que deixará de ser atendido caso a prova não seja admitida. Utiliza-se nesses casos o critério da proporcionalidade para que se alcance a solução mais razoável possível.

Segundo o autor Daniel Penteadó de Castro, deve-se analisar se a prova considerada ilícita gerou dano superior ao benefício que trouxe ao

---

<sup>62</sup> PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. Livraria do Advogado. 2013. p. 201

<sup>63</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

<sup>64</sup> CASTRO, Daniel Penteadó de. Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Civil. São Paulo. Editora Saraiva. 2013. p. 266

processo. Dando continuidade a esta ideia, deve-se verificar se o benefício trazido pela prova ilícita lastreia-se em algum princípio fundamental que se sobreponha ao princípio da vedação da prova ilícita.<sup>65</sup>

Assim, excepcionalmente, pode-se utilizar a prova ilícita em detrimento de princípio constitucional que se sobreponha, porém há de se atentar para a prova produzida pelo juiz. Esta, segundo o autor:

(...) não obstante as raízes que sustentam a iniciativa do juiz para descobrimento da verdade, ou maior aproximação necessária a proporcionar julgamento o mais justo possível, há regras no sistema que devem ser rigidamente observadas.

Para o autor, a regra contida no artigo 5º, inciso LVI é regra rígida e limitativa da iniciativa do magistrado de produzir provas por meio considerado ilícito.

Já na opinião do autor Sérgio Mattos, tanto as provas ilícitas, quanto as obtidas por meios ilícitos são proibidas porquanto a literalidade do artigo assim prevê. O autor entende que não há nesse caso espaço para interpretação, tendo em vista que a *constitutio scripta* representa limite insuperável da interpretação constitucional. Para o autor é um caso de cumprimento ou de descumprimento da regra posta e não deve ser tratada pelo instituto da relativização.<sup>66</sup>

Neste sentido:

Há que diga que a disposição do art. 5º, LVI, da Constituição de 1988 reveste-se de *caráter relativo*, no sentido de que não se aplica de modo automático e indiscriminado sob quaisquer circunstâncias. Concebe-se, assim, a inadmissibilidade das provas ilicitamente obtidas como *princípio*, que requer, para sua concretização, *ponderação* em face de *princípios e valores em sentido oposto*, pelo órgão judicial, à luz das circunstâncias do caso concreto. (...). Por outro lado, há que entenda que o art. 5º, LVI, da Constituição da República, porque proíbe em termos literalmente categóricos a utilização de provas ilicitamente adquiridas, “retirou a matéria

---

<sup>65</sup> CASTRO, Daniel Penteadado de. Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Civil. São Paulo. Editora Saraiva. 2013. p. 267

<sup>66</sup> MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Devido Processo Legal e Proteção de Direitos. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado. 2009. p. 224-225

da discricionariedade do julgador e vedou a possibilidade de ponderação de bens e valores em jogo” (...). Destarte, concebe-se a *proibição de provas ilícitas* como regra, cuja aplicação é uma *questão de tudo ou nada*.

Assim, as limitações encontradas pelo juiz residem basicamente na análise das provas trazidas aos autos, bem como naquilo que as partes trazem aos autos, seja a autora, em sua petição inicial, seja o réu, no exercício do contraditório.

Nesta seara, Bedaque coloca que:

O sistema não aceita alternativa ao acolhimento da pretensão inicial. Eventual ausência de prova não impede essa conclusão, pois as regras legais indicam para a possibilidade de a tutela final ser concedida sem cognição exauriente, bastando a versão verossímil da autora. (...).<sup>67</sup>

Deve-se considerar, portanto, no que diz respeito à limitação do poder instrutório do juiz, que para o julgamento da causa, o mesmo está adstrito ao que é trazido pelas partes aos autos, ou seja, deve ser levado em consideração o contexto probatório. Este dado há de ser levado em conta pelo julgador, de forma a valorar e atribuir relevância à prova, sempre avaliando as circunstâncias do caso concreto.

---

<sup>67</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes Instrutórios do Juiz. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2013. p. 167

## **CONCLUSÃO**

Levando-se em consideração os aspectos abordados, conclui-se que o sistema processual cooperativo e sua relação com os poderes instrutórios, estão diretamente ligados, na medida em que o exercício do poder instrutório permite ao magistrado uma relação mais ativa na condução do processo, fazendo com que o juiz auxilie as partes em eventuais dificuldades, em total consonância com a visão cooperativa de processo.

O equilíbrio de trabalho entre todos os participantes faz com que os sujeitos processuais, inclusive o magistrado, participem efetivamente e colaborem para o melhor andamento do processo, sendo o melhor caminho para que se proporcione uma decisão justa, pautada na boa-fé.

## REFERÊNCIAS

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

CASTRO, Daniel Penteado de Castro. **Poderes Instrutórios do Juiz no Processo Civil**. Ed. Saraiva. São Paulo: 2013.

DIDIER JR., Freddie. **Curso de Direito Processual Civil**. 15ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

\_\_\_\_\_. **Os Três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo**. Revista de Processo, v. 198, n. 36, 2011.

GARCIA, André Almeida. **Prova Civil**. Ed. Saraiva. São Paulo: 2009.

GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. **Revista de Processo**, v. 206, 2012.

GROSS, Marco Eugênio. **A colaboração Processual como produto do Estado Constitucional e suas relações com a Segurança Jurídica, a Verdade e a Motivação da Sentença**. Revista de Processo. *RePro* 226, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. SARLET, Wolfgang Ingo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2013.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de Mattos. **Da iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil**. Ed. Forense. Rio de Janeiro: 2011.

\_\_\_\_\_. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2009.

MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Curso de Processo Civil**. Ed. Atlas. São Paulo: 2013.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração do Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Colaboração no Processo Civil como Prêt-à-Porter? Um convite ao Diálogo para Lênio Streck.** Revista de Processo. v. 194, n. 36, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Poderes do Juiz e Visão Cooperativado Processo.** Revista da AJURIS. AJURIS. 2003.

\_\_\_\_\_. **Do Formalismo no Processo Civil: Proposta de um formalismo-valorativo.** São Paulo. Editora Saraiva. 2010.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil.** Ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2013.

ZUFELATO, Camilo. Análise Comparativa da Cooperação e colaboração entre os sujeitos processuais nos projetos de novo CPC *in* FREIRE. Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Freddie; MEDINA, José Miguel Garcia, FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). **Novas tendências do Processo Civil: Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil.** Salvador: JusPODIVM, 2012.