

# A regra da inquisitividade como garantia de isonomia procedimental, quando versados direitos indisponíveis

Caio Sérgio Paz de Barros  
Doutor em Direito Processual pela  
Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP

## 1. Ônus da prova e poderes investigativos do juiz

A regra universal queda-se conhecida; pois, compete àquele que alegou “possuir” o direito, provar os fatos que legam base a este direito alegado.

O autor deverá provar os fatos que constituem o seu direito e, ao réu incumbirá (provar) fatos que alteram – *lato sensu* – o direito alegado pelo autor, por exemplo: o pagamento do débito (extingue o direito) alegado pelo autor.

**Quando versados direitos disponíveis, incumbe às partes provarem os fatos alegados**, em decorrência do **princípio (orientação maior) de demanda, porque norteia o processo civil**. Mas, ainda neste (processo civil) milita a possibilidade de perseguir direito indisponível. E, **na presença deste (direito indisponível) poderá o Estado-juiz agir supletivamente, complementando a apresentação das provas pelas partes**.

É dizer, versados direitos disponíveis competirá às partes a apresentação da prova do direito alegado. Porém, tratando-se de direitos indisponíveis, o juiz poderá agir **supletivamente, complementando a atuação das partes** em busca da verdade material.

**No processo civil esta atividade emerge como exceção, “aparecendo” em varas de família**, quando o direito alegado nem sempre pode ser “manobrado” pelas partes, repercutindo nesta noticiada indisponibilidade; por exemplo: a guarda de filhos; a pensão alimentícia; a sucessão hereditária na presença de incapazes, etc.

Ressalvamos que a doutrina atribui a nosso pensamento o predicado de retrógrado, asserindo que, na atualidade, o juiz deverá – invariavelmente – complementar a prova produzida pelas partes, porque **o “processo não pode sobreviver de falsas verdades”**.

Não propalamos a realização da “meio” verdade. Apenas comungamos com a orientação pelo princípio de demanda, norte maior do processo civil, quando a ação resta ao talante<sup>1</sup> da parte. E, aderindo a **este sistema adstrito à vontade das partes, a busca pela prova do direito alegado deve restar como atividade da parte, de acordo com o regramento** (dito: princípio) **dispositivo**.

Mas, se a parte não puder dispor do direito, emerge a regra da inquisitividade como **atividade supletiva** da iniciação probatória, exercida pelo Estado-juiz, que complementa a prova produzida.

---

<sup>1</sup> Talante = vontade, determinação.

José Roberto dos Santos Bedaque encabeça o grupo dos doutrinadores pátrios que nutre entendimento acerca de a atividade probatória não restar ao alvedrio<sup>2</sup> das partes; porém, no “dia a dia” forense não é esta a função jurisdicional nas varas cíveis (direitos disponíveis). Aliás, o nosso estudo acerca da iniciação da atividade probatória pelo órgão judicial grassou a partir de certa conversa informal entre duas advogadas, enquanto a primeira confessara acerca de sua predileção pelos procedimentos que incoavam nas varas de família, mormente, dizia: “nas varas cíveis comuns, o juiz fica olhando para você apresentar a sua postulação e, temos de ditar os requerimentos e os recursos.. Diferentemente opera-se naquelas (varas da família e sucessões), o próprio juiz impulsiona o procedimento, sem a necessidade de questionamentos...”. A outra advogada pontuava: “é o mesmo fenômeno ocorrente nas varas criminais, a minha preferência, porque os juízes perquirem as verdades, sem que o advogado necessite agir, impulsionando os atos do procedimento...”.

Por óbvio, as duas advogadas não exerciam os seus misteres com denodo, sucedâneo de postarem-se inibidas pela atividade jurisdicional; mas, **existe, de fato, a atuação intensa do Estado-juiz em busca da produção da prova nas varas de família e criminais**, muito mais (do que) às varas cíveis, não obstante a relutância de José Roberto dos Santos Bedaque<sup>3</sup>.

Em 2003, defendemos tese ao doutoramento pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP, pontuando acerca dos poderes de instrução do juiz, ressaltando que esses são conferidos quando o direito em causa queda-se indisponível, conforme: “A regra da inquisitividade como elemento comum, e necessário, ao processo penal e à jurisdição voluntária, razão da indisponibilidade do direito em causa.”.

Agora, interessa justificar às nossas Queridas Consulentes e aos homenageados Leitores que, na presença do direito indisponível o juiz poderá legar início à atividade probatória, o fazendo, por exemplo, quando determina a oitiva de testemunha não arrolada pelas partes. Porém, versados direitos disponíveis, esta atividade do juiz poderá ser questionada mediante a interposição – neste caso – do agravo, motivando o recurso mediante a função – da parte – de provar o direito alegado, e o princípio de demanda, informador do Direito Processual Civil, que tem, **no regramento dispositivo, a atuação das partes com relação à apresentação das provas ao órgão julgador**.

Diferentemente do propalado<sup>4</sup> por alguns, o art. 130 do CPC<sup>5</sup> não alberga entendimentos acerca de o juiz legar – invariavelmente – a iniciação probatória, é que o mencionado artigo 130 do CPC – apenas – completa os ditames insertos no artigo 129 do CPC. Mas, a orientação maior a este sistema está encartada no

---

<sup>2</sup> Alvedrio = talante; vontade.

<sup>3</sup> José Roberto dos Santos Bedaque, em: “Os poderes instrutórios do juiz” Malheiros, vaticina o poder de investigação do juiz. Em 2003, após escrevermos três teses e permanecermos três anos aguardando o então presidente da Comissão de Pós-graduação, José Rogério Cruz e Tucci esquecer os seus problemas particulares, inidoneamente cabalados ao cargo que ocupava, submeter o nosso trabalho à defesa. “Graças a Deus” e, somente o Poder Supremo do Criador a coibir as perseguições de arbitrários timoneiros que exercem cargos dentro da USP, aliás, como é público e notório. Depois da troca e assunção à Presidência do CPG por Pessoa Séria, como o Pranteado Professor Antonio Luís Chaves Camargo que relatou o nosso caso à Pró-Reitoria do Curso de Pós-graduação e, por QUARENTA E OITO VOTOS (unanimidade) favoráveis.

<sup>4</sup> Propalado = dito; asseverado, asserido. Não se pode escrever “falado”, mas, emerge possível entender a vontade do autor de proferir este termo: falado. Dito.

<sup>5</sup> Aduz o artigo 130 do CPC: “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.”.

artigo 128 do mesmo Diploma Processual, ou seja: **“Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.”**

Então, ao admitir a iniciativa do juiz à produção probatória, o Legislador confere duas hipóteses, a primeira, complementando o texto do artigo 129 do CPC, enquanto pontua: “Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício (...) determinar as provas necessárias à instrução...”, ressaltando o existente no artigo anterior: “Art. 129. Convencendo-se (...) de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei (...).”, em síntese, a primeira ressalva existente no artigo 130 do CPC, conferindo a oportunidade de o juiz legar início à produção da prova coarcta-se a evitar conluio ou tergiversação das partes à norma.

A segunda possibilidade, inserta no artigo 130 do CPC, conferida – ao juiz – legar iniciação probatória, coarcta-se ao enfadonhamente propalado neste tópico, ou seja, a indisponibilidade do direito em causa, senão: “Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício (...) determinar as provas necessárias à instrução do processo (...)”, entendimento que completa o existente no artigo 128 do CPC, vale dizer: **“Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.”**

Ressalvamos que **a tendência da processualística moderna emerge a conferir dinâmica à atividade jurisdicional, aconselhando os juizes à iniciação probatória**, porém, analisando o **Direito posto, principalmente o Código Civil de 2002, o juiz poderá investigar livremente na presença de direitos indisponíveis**. Mas, **em sua ausência, deverá respeitar o princípio de demanda e o regramento dispositivo, refletindo a vontade das partes**, ainda que mediante inércia.

## 1.1 a regra da inquisitividade

**A regra da inquisitividade caracteriza-se pela dupla função da autoridade oficiante, enquanto coordena o procedimento, complementando a prova produzida pelas partes e decide ao afinal, porque versados direitos indisponíveis**, contrapondo-se ao “processo privado”<sup>6</sup>.

De outro turno, **o regramento dispositivo<sup>7</sup> impõe – às partes – a condução da prova até o juiz, ao julgamento da lide<sup>8</sup>**. Opondo-se – a esta

---

<sup>6</sup> O Direito Processual versa – outro tanto – o Direito Público. Aliás, conferem – os doutrinadores contemporâneos – publicização maior ao processo civil, posto alvitarem mais ênfase à atividade do juiz.

<sup>7</sup> Ramiro Podetti. “Teoria y tecnica del proceso civil y trilogia estructural de la ciencia del proceso civil”. Buenos Aires: Ediar Editores; p. 114.

<sup>8</sup> Piero Calamandrei. “Linee fondamentali del processo civile inquisitorio” em: “Opere giudiche”; pp. 134-135: “(...) l’iniziativa delle parti prevale nettamente sulla iniziativa del giudice; e, como oggetto del giudizio è un conflitto di due interessi privati, la composizione dei quali avrebbe potuto esser raggiunta anche fuor del processo se i due interessati si fossero trovati d’accordo, così privato è l’esercizio dell’azione, privato l’impulso che accelera o ritarda il ritmo del procedimento, e perfino sulla materia della controversia è sovrana la disposizione delle parti, le quali possono a loro arbitrio restringere l’ambito del dibattito e limitare in corrispondenza il campo visivo del giudice; sicchè questi, in siffatto tipo di processo, deve rassegnarsi a indagare la realtà, spesso deformata o mutilata, attraverso lo schermo degli allegata et probata partium. (...) a tipo dispositivo, quel giuoco dei contrapposti interessi, che ne costituisce, per così dire, la forza motrice. Per intendere infatti come la disponibilità nel rapporto sostanziale controverso sai condizione essenziale per il buon funzionamento del principio dispositivo nel processo, giova osservare che le controversie, per

função – a regra da inquisitividade, porque – ao Estado-juiz – confere a atividade complementar de consolidação da matéria probanda, na presença de direitos indisponíveis.

O nosso descortino resta lastreado na norma, portanto, **a inquisitividade do juiz emerge como regramento processual**, conferido à isonomia dos partícipes do procedimento, quando militar a indisponibilidade do direito em causa.

Entrementes, contrapor a regra da inquisitividade à impossibilidade de ampla defesa<sup>9</sup> é traduzir o regramento processual em arbitrariedade, não placitada pela Lei.

De fato, confunde-se arbitrariedade com o regramento da **inquisitividade, ínsita a todo o procedimento quando versados direitos indisponíveis.**

**Inquisitividade é o acúmulo das atribuições de investigar, coligir provas, e decidir, como atividade de única autoridade.**

Sincretizar os deveres de perquirir e decidir queda-se a tipificar a regra da inquisitividade<sup>10</sup>, que pode ser exercida sem arbitrariedade, como bem acentua Gama Malcher: "Discrição é a faculdade de agir dentro de limites estritamente fixados pela ordem jurídica; arbítrio é a faculdade de agir livremente, sem limitações de acordo com os próprios impulsos e interesses"<sup>11</sup>.

**A regra da inquisitividade nutre o condão precípua de preencher as lacunas emergentes como sucedâneo da inércia dos partícipes do procedimento que, devendo atuar naquele momento, não o fazem, ou realizam a tarefa desidiosamente.**

Seria ultrajante admitir-se a impunidade do agente criminoso por causa da desídia da autoridade que, devendo atuar naquele iter procedimental, não o fizera, quedando-se inerte. No outro lado da mesa, resultar a condenação do **inocente, razão primeva da inciência de seu defensor.**

**Com este mister emerge a regra da inquisitividade, vale dizer, no alvitre de preencher as lacunas decorrentes da inatividade dos partícipes do procedimento, evitando prejuízos e, conseqüentemente, mitigando injustiças. Especifica-se na atividade supletiva da inércia dos partícipes, exercida pelo Estado-juiz, caracterizada pela dupla "função" de investigar e decidir.**

A autoridade oficiante não resta coarctada<sup>12</sup> à prova produzida pelas partes, (o Estado-juiz) poderá dar início à produção probatória<sup>13</sup>, sucedâneo do interesse público.

---

risolver le quali è costruito il processo a tipo dispositivo (...)". Ressalvamos a nossa idéia acerca do regramento dispositivo coactar-se à atividade probatória; diferente do autor que amplia o sentido, resvalando no princípio de demanda, sob o nosso pálio.

<sup>9</sup> Joaquim Canuto Mendes de Almeida. "Processo penal, ação e jurisdição". S. Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1975; p. 183. Francesco Carnelutti. "Lezioni di Diritto Processuale Civile"; vol. 2º. Pádua: CEDAM - Casa Editrice Dott. Antonio Milani. 1933; pp. 355 e 356: "Il principio inquisitorio non esclude affatto che la parte possa svolgere nel processo determinate attività, ma solo che, se la parte non le svolge, sia vetato al giudice di supplirvi; non mira dunque a conferire un monopolio al giudice, ma solo a togliere il monopolio alla parte". Também citado por Joaquim Canuto Mendes de Almeida. "Processo Penal. Ação e Jurisdição"; p. 184.

<sup>10</sup> Caio Sérgio Paz de Barros. "Os modelos (políticos) de persecuções penais e o descortino da regra da inquisitividade. A incidência do contraditório no inquérito policial". S. Paulo: Editora Edmor. 1999.

<sup>11</sup> José Lisboa Gama Malcher. "Manual de Processo Penal Brasileiro"; p. 115.

<sup>12</sup> Coarctada = vinculada, adstrita, limitada.

<sup>13</sup> Aduz o Código de Processo Civil em seu artigo 1.107: "Art. 1.107. Os interessados podem produzir as provas destinadas a demonstrar as suas alegações; mas ao juiz é lícito investigar

A escólio do parágrafo anterior, pontuamos, por exemplo, que se o casal, em sede de separação judicial, alegar que os filhos ficarão com a governanta da casa, pessoa apta – em sua opinião – a zelar pela educação dos infantes, o juiz poderá não homologar o acordo, determinando a investigação pela assistente social, psicólogos, enfim, agentes do Estado a perquirirem os verdadeiros fatos.

Notem que, esta noticiada investigação pode não ser semelhante àquela praticada por Sherlock Holmes, pois, basta o juiz perguntar, ou ouvir testemunha sem que as partes tenham pleiteado.

Resta imperioso assegurar que a inquisitividade não justifica a ausência de defesa, como acentuamos em nosso trabalho acerca da necessária incidência do contraditório no inquérito policial<sup>14</sup>.

A partir da civilização romana<sup>15</sup>, a regra da inquisitividade desponta como atividade do “Estado-juiz”<sup>16</sup> com o escopo de depurar os fatos submetidos a sua apreciação e, como sucedâneo de sua importância à sociedade, a **autoridade oficiante nutre dupla atividade: investiga e decide**.

Compete esclarecer que esta regra (inquisitividade) aflora ímpar à persecução penal, ou melhor, ao (Direito) Público que, considerando-se os aspectos atuais, tocariam o Direito Penal, mas que, naqueles idos, no início da Era Romana, afetariam – apenas – determinadas atuações do “Estado” no combate aos crimes que desafiassem respostas enérgicas do *Rex*.

Desta articulação emerge a justificativa mediante prismas: primeiro, a possível estranheza causada em decorrência de, em trabalho acerca do processo civil, mencionarmos orientações afetas ao Direito Processual Penal. E, respondendo a esta possível objeção, justificamos a pertinência como **sucedâneo do interesse público, descortino da incidência da regra da inquisitividade aos procedimentos que incoam – normalmente – nas varas de família**. Por isso, invariavelmente, buscamos nas instituições afetas, com maior intensidade, ao Direito Processual Penal, o escólio à nossa síntese.

Esses parágrafos nutrem o desiderato de explicarem a exacerbação<sup>17</sup> da regra da inquisitividade na história do Direito Processual, motivada – a exorbitância – pela necessidade de o “Estado” Romano<sup>18</sup> coibir a prática de alguns crimes, posto provocarem a ira do povo<sup>19</sup>, sucedendo a vindita desmedida contra todos, destruindo os bens de familiares do – simples – suspeito, matando-os numa fúria incomensurável.

**A coibir este vezo (o ataque do povo – aos parricidas e àqueles que praticavam o peculato, alijando os cofres públicos – incendiando as**

---

livremente os fatos e ordenar de ofício a realização de quaisquer provas.”. Também no Código de Processo Penal há dispositivo semelhante, assim, o artigo 156 determina: “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”.

<sup>14</sup> Caio Sérgio Paz de Barros. “Os modelos (políticos) de persecuções penais e o descortino da regra da inquisitividade. A incidência do contraditório no inquérito policial.”. S. Paulo: Editora Edmor. 1999.

<sup>15</sup> Giovanni Pugliese. “A história do direito público em Roma”. Giuseppe Provera. “Il processo penale romano”. Caio Sérgio Paz de Barros. “Introdução ao estudo dos processo – Profligando uma teoria geral”. S. Paulo: Editora Edmor. 2001.

<sup>16</sup> A concepção de Estado fora conferida pelos filósofos iluministas, no final do século XVIII. Assim, quando nos referimos a Estado, por óbvio, não aventamos a sua atual estrutura, mediante a tripartição de poderes.

<sup>17</sup> Exacerbar = aumentar, exorbitar.

<sup>18</sup> Giovanni Pugliese.

<sup>19</sup> Rogério Lauria Tucci. “Lineamentos do direito processual penal romano”. S. Paulo: José Bushatsky editor. 1976.

**propriedades e matando – até – os familiares dos suspeitos) prestou-se a exacerbação da regra da inquisitividade.**

Mas, manobrada politicamente, travestira-se em arbitrariedade.

Reiterando o asserido no início deste tópico, pontuamos que **a regra da inquisitividade especifica-se na iniciação probatória, caracterizada pela dupla atividade da autoridade oficiante que investiga e decide. Exerce-a no alvitre de complementar a atividade deficitária dos interessados**, principalmente porque alguns não podem praticar atos no procedimento, por restarem “ausentes” (o Estado avocou a tutela penal; a sociedade necessita de proteção às relações derivadas do matrimônio, da sucessão natural; dos incapazes; do poder familiar<sup>20</sup>, etc.).

É dizer, antes da República Romana, a inquisitividade aparece em sua manifestação exacerbada, travestida de arbitrariedade, posto não restar jungida à iniciação probatória. Roborou à formação do sistema denominado inquisitório, sucedâneo de restar **contida neste**, somada ao procedimento *ex officio*; a reabertura da instância, independente da absolvição do “suspeito”; o sobrestamento (ou prosseguimento) das investigações, dependentes – tão somente – da vontade da autoridade oficiante (arbitrariedade).

**Nisto o equívoco, confundir a regra da inquisitividade, necessária ao procedimento que reste atrelado ao interesse público, com o sistema inquisitório.**

É de Calamandrei o vaticínio<sup>21</sup>, permite-se que o Estado investigue, independente da atuação da parte, posto interessar a todos os membros da comunidade, não restando a perquirição coarctada<sup>22</sup> àqueles que exerceram o pedido jurisdicionalmente. Isso ocorre na ação penal; no inventário, quando presentes incapazes, na interdição; no pedido de guarda de filhos menores<sup>23</sup>; na separação judicial, se houver menores, dentre muitos outros procedimentos.

**Diferente é o regramento dispositivo, impingindo às partes apresentarem as provas ao juiz.**

Escolindo a frase anterior, asserimos que, proposta a ação, tutelando direitos disponíveis, competirá ao autor provar os fatos constitutivos, que lastreiam o seu direito, por exemplo: o autor assevera que o réu avançou o semáforo desfavorável e colidiu com o seu veículo, provocando danos. Se, chegado o momento de provar, não conseguir realizar a prova deste alegado direito, o juiz deverá julgar improcedente o pedido (“o autor perdeu”).

Notem que o réu nada precisa provar; diferentemente ocorre se este (réu) comparecer e aduzir que pagou o débito, ressarcindo os prejuízos causados. Neste caso, se o réu argumentar que pagou, elencará fato extintivo (que termina,

---

<sup>20</sup> Código Civil de 2002, artigo 1.770, confere poderes ao juiz, por exemplo: “Art. 1.770. Nos casos em que a interdição for promovida pelo Ministério Público, o juiz nomeará defensor ao suposto incapaz; nos demais casos o Ministério Público será o defensor.”.

<sup>21</sup> Piero Calamandrei. “Linee fondamentali del processo civile inquisitorio” em: “Opere Giudiche”; v. I. Nápoles: Morano. 1965; p. 146: “Ma il processo civile non si esaurisce nel solo tipo ‘dispositivo’; la nostra legislazione infatti, e più della legislazione la nostra giurisprudenza, conoscono, accanto al processo civile tipicamente dominato dal potere di disposizione delle parti un altro tipo di processo civile, che possiamo fin ‘ora denominare lato sensu processo civile ‘inquisitorio’.”.

<sup>22</sup> Limitada, restrita, vinculada.

<sup>23</sup> Código Civil de 2002, artigo 1.584 aduz: “Art. 1.584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la. Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.”.

extingue) do direito do autor, portanto, deverá provar este fato (extintivo do direito), nos termos do art. 333 letra “c” do CPC.

A escólio, exemplificamos as distinções apresentando as audiências quando se discutem direitos disponível e indisponível.

Na primeira, perquirindo direito disponível, o autor, se o réu não elencou fatos modificativo, impeditivo e extintivo do seu (autor) direito, deverá (o autor) provar os (fatos) constitutivos. Este arrolará testemunhas, se a prova não restar coarctada a documentos, com a missão de provar o alegado.

Vejam que **esta incumbência é do autor que, se não provar, sucumbirá ao pedido existente na inicial, independente da atividade do réu que, repisamos, se não alegar fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito do autor (por exemplo: que tenha pagado o débito), nada precisará provar.**

Com efeito, estamos na audiência, na qual, são versados direitos disponíveis, e o autor protestou por demonstrar o seu direito, na petição inicial, por meio de prova testemunhal. Ao ouvir a testemunha e, em decorrência de esta oitiva ser lacônica, por exemplo: “... eu não vi a colisão, porque estava beijando a mariquita; porém, esta, ao beijar-me, não fecha os olhos, dessumindo que ela tenha visto a colisão...”. Diante deste testemunho e, enquanto versados direitos disponíveis, o juiz olha para o patrono do autor, **se este nada requerer, a audiência prosseguirá, considerando-se que o autor não provou o seu alegado direito.**

Nesta situação, quando a testemunha aduz que não viu a colisão, apontando outra (testemunha) como prova ao fato. **Se, neste caso, discutidos direitos indisponíveis, por exemplo, em varas de família ou juízos criminais, o juiz olhará para o autor, ou ao promotor público, e, se estes não formularem requerimento pela oitiva desta testemunha referida, o próprio juiz poderá legar início à produção da prova, (ele = juiz) determinando a sua oitiva, independente do requerimento pelos interessados.**

Esta a caracterização da regra processual da inquisitividade, **na presença de direitos indisponíveis, o juiz poderá agir independente da atuação da parte.**

A falta de produção da prova, pelo articulador, ensejará a sua sucumbência (perda da ação), quando versados direitos disponíveis.

Mas, na presença de direitos indisponíveis, asseveramos que o Estado-juiz age, legando início à produção da prova, para evitar conluíus, atuando em detrimento do excesso de poder, ainda que – somente – econômico<sup>24</sup>, protegendo o interesse de toda a sociedade<sup>25</sup>. Esta atuação restringe-se à iniciação probatória, não permite que a autoridade promova o procedimento *ex officio*, ou o sobrestamento a seu talante. Nisto a distinção perseguida (procedimento *ex officio*<sup>26</sup> e inquisitividade).

---

<sup>24</sup> Por exemplo, em uma separação judicial, um dos cônjuges “compra” a vontade do outro ou, em decorrência da contratação de bons advogados, impõe o seu desiderato ao outro.

<sup>25</sup> Walter J. Habscheid. “Introduzione al diritto processuale civile comparato”. Rimini: Maggioli. 1985; p. 126.

<sup>26</sup> Joaquim Canuto Mendes de Almeida sintetiza a distinção: “O que, agora, interessa é ressaltar a circunstância de terem a doutrina e jurisprudência pátrias confundido, freqüentemente, o poder inquisitivo com o poder de procedimento *ex officio*, entendendo que o cancelamento deste exprime o desaparecimento daquele. Tal é inegável. Nosso juízo criminal é inquisitório até nas ações exclusivamente privadas. Podemos ainda afirmar que, então, mais benéfica é a inquisitorialidade, talvez mais necessária do que nos casos de ação pública, porque, (...) o magistrado nelas vigia e tutela a verdade objetiva contra os interesses secundários do particular ofendido.”. Joaquim Canuto

O sistema inquisitório caracteriza-se pela exacerbação da regra da inquisitividade, somada a incoação *ex officio*, vale dizer, única autoridade lega início ao procedimento, impulsionando-o até a própria decisão; **cabala**<sup>27</sup> **a prova**, agindo sigilosamente; decide com base – geralmente – na confissão obtida por meios ilícitos e ilegítimos; podendo reabrir a instância<sup>28</sup> a todo o momento, etc.

A regra da inquisitividade resta em contraposição ao regramento **dispositivo**; pois, este exige que a prova seja conduzida – pelas partes – ao julgador. Deste **não emerge a possibilidade de o Estado-juiz complementar ou suprir** a pretensão probatória. O timoneiro procedimental permanece inerte, esperando a condução das provas pelas partes, sucedâneo do interesse privado.

Invariavelmente as pessoas confundem<sup>29</sup> a regra da inquisitividade com o procedimento *ex officio*. Este, caracterizado pela iniciação da persecução pela própria autoridade que decidirá acerca de sua procedência (ou não).

Diversa é a inquisitividade do **procedimento ex officio**. Aquela aparta-se deste, porque aqui importa a iniciativa da ação, não se circunscreve à produção da prova.

Assim, **para evitar o encontro de falsas verdades** ou, pelo menos, mitigar esta dicotomia, comparece o juiz, quando o direito em causa for indisponível, necessariamente imbuído do poder inquisitivo<sup>30</sup>, que não representa – conforme já vimos – a incoação de procedimento a seu talante, e sim, **a administração da iniciação probatória**, que não deve restar ao alvedrio dos partícipes.

Reiteramos, a regra da inquisitividade distingue-se do procedimento *ex officio*. Este, intimamente afeto à incoação da ação, sendo desnecessária a sua promoção pelos partícipes (do procedimento). Aquela, atrelada à produção probatória<sup>31</sup>.

O procedimento *ex officio* caracteriza-se pela incoação da ação, ainda que não haja promoção pelos interessados (ofendido, sucessores e presentantes do Estado). Como distinção, **a inquisitividade**, resultando em atividade supletiva da inércia dos partícipes, está **afeta à atividade probatória**, sendo a iniciativa da autoridade para buscar a prova da verdade (material), independente da atividade dos partícipes<sup>32</sup>.

---

Mendes de Almeida. "Processo penal, ação e jurisdição". S. Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1975; p. 194.

<sup>27</sup> Cabala no sentido de busca incessante, com interesse próprio. O político cabala o voto, buscando-o aos estertores da votação, nos rincões da sociedade.

<sup>28</sup> Reabrir a instância, quer dizer, repropor a ação, independentemente da absolvição do acusado, geralmente em sede penal.

<sup>29</sup> Francesco Chimenti. "O processo penal e a verdade material. Teoria da prova.". Rio de Janeiro: Editora Forense. 1955; p. 35.

<sup>30</sup> Mauro Angioni. "Lezione di Diritto Processuale Penale". Nápoles: Cedam. 1936; pp. 15 e 16: "tutto l'ordinamento processuale (...) è predisposto in modo da consentire al giudice la ricerca e il raggiungimento della verità reale (la chiamiamo così per intenderci meglio), dia consentirgli il massimo sforzo di penetrazione per ricostruire il fatto nella sua essenza vera e per cogliere l'elemento volitivo nella sua vera colorazione.". Também citado por Joaquim Canuto Mendes de Almeida. "Processo penal, ação e jurisdição". S. Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1975, em nota de rodapé na p. 124

<sup>31</sup> "A inquisitividade cabe, em geral, a todos os magistrados, nos processos criminais, exprime a fidelidade à regra da inquisitorialidade e, menos proximamente, ao princípio da verdade real (**sic**)."  
Joaquim Canuto Mendes de Almeida. "Processo penal, ação e jurisdição". S. Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1975; p. 193.

<sup>32</sup> Joaquim Canuto Mendes de Almeida. "Processo penal, ação e jurisdição". S. Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1975; p. 193: "Procedimento *ex officio* e inquisitorialidade. Acerca do procedimento *ex officio*, cumpre-nos salientar apenas que é *stricto sensu*, um instituto referente à



As subsequentes linhas prestam-se para espancar as dúvidas de restarem como sinônimos: **a participação da autoridade nos fatos, a regra da inquisitividade e o procedimento *ex officio*.**

**O conhecimento dos fatos pela própria autoridade e, a partir deste, a incoação da persecução, não pode ser confundida com o procedimento *ex officio*. Quando a autoridade participou dos fatos submetidos à própria averiguação, traduz-se em excessos, tipificando a arbitrariedade e abusos.**

Diferentemente é **a regra da inquisitividade, afeta à iniciação probatória, mitiga a inércia do órgão julgador**, permitindo a sua própria investigação acerca dos fatos submetidos à decisão, mas, implicando – tão somente – no agir em busca da prova.

Por outras palavras, **a participação da autoridade nos fatos** e, como interessado, fazer incoar a persecução, resta distinta tanto da inquisitividade como do procedimento *ex officio*.

Em síntese, **na primeira hipótese a autoridade age arbitrariamente, apartando-se do princípio da imparcialidade, norteador da magistratura.**

**A regra da inquisitividade permite ao Estado-juiz dar início à produção da prova, após conhecer os fatos. Se as autoridades nutrirem ciência dos fatos mediante participação direta, restarão impedidas para oficiarem no procedimento.** E, caso pratiquem atos, evanuirá<sup>33</sup> a técnica processual, emergindo o abuso. Mas, disto não versa o presente trabalho.

Distinguem-se os três – noticiados – expedientes, porque **a inquisitividade é atividade regular como regra processual albergada por nosso sistema**, quando indisponível o direito em causa<sup>34</sup>.

Notem que, na primeira hipótese, a autoridade age como testemunha dos fatos e, eivaria de nulidade – o ato – se servisse como timoneiro<sup>35</sup> procedimental (testemunha e juiz, pode?).

**A autoridade, testemunhando os fatos, perde a condição inerente à judicatura, que é a imparcialidade.**

Desta situação difere o procedimento *ex officio*, posto que neste, a autoridade age por impulso próprio, sem ser concitada, mas não fora participe dos fatos submetidos a sua apreciação.

Neste, a autoridade nutre conhecimento pelos ofendidos e testemunhas, instaura a persecução, promovendo e decidindo, independentemente de outro agente do Estado concitá-la ao mister. Caracteriza-se, principalmente, pela instauração – da investigação – por ato próprio, a impulsão e decisão pela mesma autoridade.

**Distinta é a regra da inquisitividade, afeta à iniciação probatória, mitiga a inércia do órgão julgador, permitindo a sua própria investigação acerca dos fatos submetidos à apreciação, mas, implicando – tão somente – no agir em busca da prova.**

---

iniciativa da ação penal e não à atividade espontânea do juiz no curso da instrução da causa. (...) O brocardo *ne procedat iudex ex officio* aplica-se em matéria penal apenas à iniciativa da ação ou da instrução preliminar, salvo nos sistemas fielmente acusatórios, que refletem quase total-mente, nas próprias formas, os preconceitos do procedimento civil."

<sup>33</sup> Evanuir = sumir, desaparecer.

<sup>34</sup> Direito em causa é expressão difundida por José Ignácio Botelho de Mesquita.

<sup>35</sup> Timoneiro é aquele que manipula o timão, ou seja, maneja a direção. Dirige. Timoneiro procedimental é aquele que "dirige" o procedimento. Caso esse procedimento seja formal (orientado por regras) será o juiz.

**É o interesse comum que impõe a incidência da regra da inquisitividade, autorizando o Estado-juiz a cabalar a prova, em detrimento da inércia, característica do regramento dispositivo.**

**O surgimento do sistema inquisitório em Roma fora sucedâneo<sup>36</sup> da necessidade de combater o clamor público contra a prática de crimes que alijassem os cofres públicos e o parricídio** (assassínio do chefe da sociedade local – *paterfamiliae* – ou do próprio genitor, dêz que não fosse escravo).

Naqueles idos concretizava a centralização política de poderes sem técnica processual.

Outro tanto na Idade Média e no mundo contemporâneo, o Estado sincretizou os poderes de investigar, acusar e decidir, realizando toda arbitrariedade possível, justificando-se a coibir a prática de crimes gravíssimos (mais recentemente, o propalado "crime organizado").

**Diferentemente é esta inquisitividade que lega – à autoridade oficiante – o poder de agir supletivamente à inércia dos partícipes, fomentando a isonomia e a busca pela verdade material, que atende os anseios do jurisdicionado e do Estado, partícipes da ação.**

Esta regra, por vezes concebida como a antidemocrática e antissocial, quando milita a troca do sistema de governo, deve ser considerada como a melhor orientação à persecução, suscetível de evitar arbitrariedades ou absolvições – caso penal – infundadas (na primeira, **o juiz-inquisidor age supletivamente à inércia do defensor**; na segunda, é como se o próprio órgão da promoção da ação houvesse perseguido a verdade material).

Apesar de a regra da inquisitividade restar – sociologicamente – necessária aos procedimentos, quando indisponível o direito, entendendo-se-a – também sob este aspecto – como circunstância ensejadora da igualdade dos partícipes; suscitada no psiquismo de alguns pode resultar em entrave, sugerindo parcialidade dos juízes<sup>37</sup>.

Louvando-nos em Calamandrei<sup>38</sup>, asseveramos que a regra da inquisitividade resta imprescindível à ação (ou ao processo, para os que o versam como relação jurídica), sempre que o interesse for da comunidade.

Distinto da assertiva comum acerca de os “procedimentos necessários” – a propalada “jurisdição voluntária” – incoarem a perseguirem negócios.

Asserimos que **o modelo privado reclama autor fiel ao pedido existente na inicial. No processo civil, o autor persegue a procedência do pedido até o seu estertor, não podendo tergiversar<sup>39</sup> ao requerido na inicial.**

---

<sup>36</sup> Sucadâneo = em decorrência de; que sucede de = sucedâneo.

<sup>37</sup> Ilustrando o tema, Joaquim Canuto Mendes de Almeida, vaticinou: "O tipo acusatório baseia-se menos na índole do processo penal do que em acidentes históricos. Representa o preconceito da imparcialidade do juiz, que é puramente juiz, elevado ao cúmulo de suas consequências, manifestamente negadoras do próprio caráter público do Direito Penal. É uma transposição analógica de formas processuais cíveis, que podem ter explicação no campo do Direito Privado, mas que nenhuma justificativa apresentam no processo penal.". Joaquim Canuto Mendes de Almeida. "Processo penal, ação e jurisdição". S. Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1975; p. 120.

<sup>38</sup> Piero Calamandrei, renomado Doutrinador italiano, seguramente o mais perspicaz, sincretizou os trabalhos de Chiovenda e Carnelutti, porém, sem copiá-los, nutrindo entendimento próprio. Seu destacado trabalho, sem prejuízo dos demais, emergiu a caracterizar as medidas cautelares, criando (medidas cautelares) inominadas, ou seja, sem previsão de caso específico, suscitando (medidas cautelares) genéricas. Delinearemos o trabalho desse Grande Processualista italiano no volume referente às medidas cautelares, completando o trabalho acerca deste "Curso de Processo Civil Escoliado".

<sup>39</sup> Tergiversar = legar as costas. Abandonar. "Desistir".

Explicando a sua imprescindibilidade quando versados direitos indisponíveis, Joaquim Canuto Mendes de Almeida gradua a regra da inquisitividade, evanuindo a sua incidência quando disponível o direito: “O poder inquisitório do juiz é amplo ainda quando, às partes, é dado requerer a instauração do procedimento, definitivo ou preliminar. Permanece quando lhes é possível instruir o juízo por meio de alegações e profusão de meios de prova. Restringe-se, quando o juiz é obrigado a atender a tais pedidos de produção de provas por outro motivo que não seja a demonstração da existência do crime e da autoria; ou quando o juiz é obrigado a instaurar procedimento sempre que requerido pelo autor. Diminui, ainda mais, quando o juiz não pode ter iniciativa para proceder; e anula-se, definitivamente, se o juiz não pode senão julgar segundo o alegado e provado pelas partes.”<sup>40</sup>.

Concebida – a regra da inquisitividade – como forma para mitigar os demandos e abusos do modelo inquisitório<sup>41</sup>, porque este pode ser manobrado pela política governamental, que sonega a ampla defesa aos partícipes. Contrariamente, **a regra da inquisitividade serve como garantia da isonomia, imprescindível quando militar direitos indisponíveis.**

Com escopo de **observar a isonomia entre as partes que, ao juiz, permite-se “buscar”<sup>42</sup> a prova, mediante atividade supletiva da inércia dos partícipes, ou complementando-se-a. Nisto a regra da inquisitividade, para legar igualdade aos partícipes do procedimento.**

Asserimos que o Estado, em decorrência da necessidade de tutelar – com maior rigor – certos direitos, identificados como indisponíveis, permitiu que o juiz investigasse os fatos, independente da atuação dos interessados.

Com este desiderato o Estado impõe a seus agentes, legando permissão ao juiz, caso não reste satisfeito com a colação introduzida pelos partícipes, respigue a prova para evitar conluíus ou o excesso de poder. Aqui, mesmo no processo civil, o princípio de demanda, caracterizado pela vontade das partes, resta preterido em homenagem do interesse público.

A regra da inquisitividade é sociologicamente necessária ao “processo indispositivo”, porque **realizadora da igualdade dos partícipes.**

Vejam que muitos podem contratar bons advogados, e como tal, seria injusto que o direito fosse preterido em homenagem do poder econômico.

---

<sup>40</sup>. Joaquim Canuto Mendes de Almeida. “Processo penal, ação e jurisdição”. S. Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1975; p. 119. Citamos este vaticínio em: “Os modelos (políticos) de persecuções penais e o descortino da regra da inquisitividade. A incidência do regramento do contraditório no inquérito policial.”. S. Paulo: Editora Edmor. 1999. Utilizando-se-o a justificar o contraditório no inquérito policial, desmitificando, naquela oportunidade, o regramento inquisitivo.

<sup>41</sup> Repisamos: regra da inquisitividade; mais: a existência de um procedimento que incoa *ex officio*; o fato de única autoridade impulsionar o procedimento desde o seu início, respigando a prova desde os primeiros momentos da persecução penal, com o compromisso de sustentar uma acusação em juízo, sem um procedimento formal, restando a atividade investigativa ao talante do inquiridor, podendo sobrestar ou restabelecer a persecução, ainda que já decidida (reabertura da instância quando absolvido o acusado por insuficiência de provas); investigações sigilosas, sem o contraditório; impossibilidade de ampla defesa e contraditoriedade mitigada; na mais das vezes, exigência de “confissão” mediante tortura; etc).

<sup>42</sup> Em nossos primeiros escritos dispusemos o termo: CABALAR; porém, para facilitar trocamos o termo “cabalar” para buscar; apesar de não traduzir a mesma realidade. Cabalar é acepção inerente a políticos, significando “buscar incessantemente”, mediante dedicação. O juiz cabala a prova, agindo supletivamente a complementar a atividade da parte, por exemplo: simplesmente formula a pergunta que o advogado da parte não apresentou, ou; com maior intensidade, determina o interrogatório da parte, apesar de não requerido o depoimento pessoal.

Imaginando o processo penal, temos, de um lado o gigantismo estatal<sup>43</sup>, promovendo a perseguição penal com todo o seu *staff*.

A exegese é simples, de um lado o poder do Estado, com funcionários públicos bem treinados e remunerados, na outra ponta da mesa, na mais das vezes, favelado e, para patrocinar os seus interesses, bacharel recém-formado, labutando com poucos recursos e ingente mister<sup>44</sup>. A mitigar este desnível, permite-se ao juiz complementar a atuação – neste caso – do bacharel “inciente”.

Emergeria como manifesta injustiça a condenação do inocente em decorrência da inércia ou atecnia de seu patrono.

Por outro lado, o poderio econômico pode impor a presença de melhores advogados em um dos lados da mesa judicial. E, como sucedâneo do excesso de serviço, ou inexperiência, um promotor recém ingresso na carreira que não pugna pelos interesses da comunidade. A absolvição do criminoso em decorrência da inércia ou desídia do agente do Estado emergiria repugnante. Nisso a atividade supletiva do juiz.

No processo civil permite-se ao juiz investigar, quando indisponível o direito em causa. Costumamos exemplificar que casal, formado por estereótipos da sociedade carcomida de valores éticos e morais, rufião, casado com prostituta, com dois filhos, dispusessem, mediante petição assinada por único advogado, que o imóvel do casal restasse ao varão, sendo desnecessária a pensão aos filhos, restando – por meio deste malfadado acordo – sob a “guarda” de governanta residente em outra cidade, distante cinquenta quilômetros da residência dos pais<sup>45</sup>.

**Restasse, a este caso, a orientação maior do princípio de demanda, caracterizado pela vontade das partes, em detrimento do direito indisponível de educação e manutenção da prole, o juiz deveria homologar o acordo.**

Mas, em homenagem do bem estar social, respeitando o interesse público, o Estado-juiz nega o beneplácito a este desacerto social (“acordo” que homenageia o desiderato de apenas um). Notem que o dever de educação é dos pais e, aproveita a toda a coletividade, porque, no futuro, repercutirá em infortúnios aos membros desta sociedade.

À verificação do colimado pela coletividade permite-se – ao juiz – agir inquisitivamente, respigando<sup>46</sup> a prova deste conluio<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> Os membros do Ministério Público são jovens estudiosos, dedicados e, considerando-se a média da remuneração do brasileiro, muito bem pagos para o exercício de seu mister. Tudo isso propicia o bom desempenho nas audiências e em suas atribuições.

<sup>44</sup> Esta equação fora apresentada, com todos estes contornos, em nosso opúsculo: “Os modelos (políticos) de perseguições penais e o descortino da regra da inquisitividade. A incidência do contraditório no inquérito policial”. S. Paulo: Editora Edmor. 1999.

<sup>45</sup> Aduz o artigo 1.584 do Código Civil de 2002: “Art. 1584. Decretada a separação judicial ou o divórcio, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos filhos, será ela atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la. Parágrafo único. Verificando que os filhos não devem permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, o juiz deferirá a sua guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, de preferência levando em conta o grau de parentesco e relação de afinidade e afetividade, de acordo com o disposto na lei específica.”.

<sup>46</sup> Respigar é termo utilizado à colheita do milho, significa a busca pelos restos de espigas, retirando as sobras do campo, depois – repisamos – da colheita. Este termo “respigar” – por analogia – significa a investigação minuciosa, a busca por todos os fatos, ainda que escondidos “sob o entulho formado com o fim da colheita”.

<sup>47</sup> É conluio, considerando-se que a verdade dos fatos será obliterada. Por óbvio, esses partícipes esconderão do juiz a guarda da prole por intermédio de um terceiro, outro tanto a sua manutenção ou o fato de o imóvel restar único ao casal. Esta proposta, formulada ao juiz, poderá ser investigada por intermédio de seu poder inquisitivo, supedâneo do Direito Público que o garante.

É dizer, o juiz recebe este acordo assinado por único advogado, entrevista os interessados que reiteram os seus desideratos e, ao final, aduz que não homologará este acordo. Investigará os fatos determinando a entrevista deste casal, e infantes, com o assistente social.

Então, não obstante ser a vontade das partes, como sucedâneo da indisponibilidade do direito, o juiz deverá atuar vigiando o acordo das partes, não aceitando o pacto realizado entre os interessados.

Gian Antonio **Micheli atribui, à relevância dos interesses, o fato de o legislador<sup>48</sup> ampliar os poderes do juiz, não comuns ao processo civil<sup>49</sup>**. E, afastando-se do modelo excogitado<sup>50</sup> por Carnelutti<sup>51</sup>, Micheli assevera acerca da irrelevância da lide, asserindo que pode não haver conflito, mesmo em caso de acordo, o Estado-juiz deve vigiar com maior intensidade, porque “interesano più persone, (...) delle quali le parti non possono disporre”<sup>52</sup>.

Discordamos do processualista enquanto aponta estrutura de processo diferente das demais. Não se trata de brusca alteração; ao contrário, reaproxima o processo civil ao penal, porque restam afetas as naturezas dos direitos submetidos à tutela jurisdicional. Nisto o juiz-civil<sup>53</sup> adquire mais poder para conferir igualdade aos partícipes do procedimento, ainda que não estejam claramente identificados. Mas, é por esta situação que ao juiz-civil, nos “procedimentos necessários”, são legados amplos poderes, para observar a vontade daqueles que não puderam comparecer (ausentes ou falecidos), laborando com acuidade aos anseios deste interessado e, da sociedade como um todo, posto que vigia a evitar conluios.

Entrementes, há no processo civil determinada parcela de direitos indisponíveis, identificados e tramitando pelos regramentos da propalada jurisdição voluntária, mas, nem todos incoam por esses “procedimentos necessários”.

Ressalvamos a existência de direitos indisponíveis – no processo civil – que não – somente – os versados na jurisdição voluntária; por exemplo, o pedido de alimentos, guarda de filhos, etc. Mas, reafirmamos que **a justificativa da atuação inquisitiva do juiz nos “procedimentos necessários” repousa na indisponibilidade do assunto submetido à tutela jurisdicional, exercendo atividade supletiva (complementar) daquela que deveria ser realizada pelo partícipe.**

Na “jurisdição voluntária” o juiz age como terceiro desinteressado, **mas o regramento da inquisitividade impõe a função investigativa que denotaria parcialidade<sup>54</sup>. Aquela deve ser concebida como cumprimento das regras**

---

<sup>48</sup> Diríamos que o legislador, louvando-se na estrutura de antanho, apanágio de milênios de prática processual, conferiu maiores poderes ao juiz.

<sup>49</sup> No mesmo sentido Calamandrei denominando-se-o processo civil inquisitório. Diferentemente, pontuamos que a estrutura é semelhante aos procedimentos penais orientados pelas regras da cognição; porém, assim como estes, a regra da inquisitividade norteia a atividade do Estado-juiz, complementando a atuação dos partícipes, em decorrência do direito em causa ser indisponível.

<sup>50</sup> Excogitar = imaginar. Excogitado no sentido de idealizado.

<sup>51</sup> Seria a primeira fase do mestre peninsular, conforme comentamos no segundo capítulo.

<sup>52</sup> Gian Antonio Micheli. “Forma e sostanza nella giurisdizione volontaria” em: “I processi di volontaria giurisdizione”; p. 271.

<sup>53</sup> A jurisdição é una, bem o sabemos; porém, quando imprimimos certa distinção entre “jurisdições civil e penal”, queremos destacar os regramentos que as informam, profligando uma teoria geral do processo; principalmente, em decorrência de o processo penal ser versado em razão de direitos indisponíveis e no processo civil o discorrido em varas de família.

<sup>54</sup> Manuel Serra Dominguez. “Natureza jurídica de la jurisdicción voluntaria” em: Estudios de derecho procesal. Barcelona”. Buenos Aires: Ariel. 1969; p. 625: “el juez actúa en virtud de un

**processuais que impõe – ao juiz imparcial – o dever de investigar e decidir, porque os “procedimentos necessários”, onde não emerge contrariedade aparente, são orientados pela regra da inquisitividade, considerando-se o interesse público. E, para evitar prejuízos aos interessados, o próprio Estado age investigando e decidindo, permitindo ao juiz legar início probatório, mediante – já o dissemos – atividade a complementar a atuação dos interessados.**

A sociedade clama por vigilância em seu proveito. Esta vigília é executada porque há polo – na ação – obnubilado<sup>55</sup>, emergindo – apenas – o interesse de único grupo.

Assim incoam as tutelas pleiteadas por intermédio dos “procedimentos necessários” (jurisdição voluntária), que são, por exemplo:

- a) separação consensual (art. 1.120 e ss. do CPC);
- b) “aberturas” de testamentos e codicilos (art. 1.125 e ss. do CPC);
- c) “confirmação de testamento particular” (art. 1.130 e ss. do CPC);
- d) “execução de testamentos” (art. 1.135 e ss. do CPC);
- e) “herança jacente” (art. 1.142 e ss. do CPC);
- f) “bens dos ausentes” (art. 1.159 e ss. do CPC);
- g) “curatela dos interditos” (art. 1.177 e ss. do CPC);
- h) “disposições comuns à tutela e à curatela” (art. 1.187 e ss. do CPC);

Considerando o seu pensamento, impomos as subseqüentes linhas; vale dizer, **para decidir com isonomia, o Estado-juiz nutre inquisitividade, como atividade supletiva (complementar) da inércia das partes<sup>56</sup>, porque não há litígio aparente. Existe apenas um pólo, o ativo, para impulsionar o procedimento que, neste caso, não incoa mediante a dialética, imprescindível à depuração do direito**, quando há direitos disponíveis, mas irrelevante quando indisponíveis.

A contraposição argumentativa, exercida por meio da dialética, é substituída por interesses do mesmo grupo (ou único), em um pólo da ação<sup>57</sup>.

Por isso, a experiência haurida por séculos de apanágio<sup>58</sup> das técnicas processuais **impôs a atividade supletiva (inquisitividade) da inércia (ou ausência) do outro pólo na ação.**

Para mitigar a possibilidade da existência de casuísmos que o Estado-juiz nutriu maiores poderes e, esses justificados pela indisponibilidade do direito. Quando o juiz libera determinada importância, mediante provimento do pedido de alvará para resgatar o montante depositado – pelo *de cuius* – na caderneta de poupança, ou homologa a partilha entre os sucessores do *de cuius*, não verifica a existência de negócios, mas, fiscaliza o proceder desses sucessores, protegendo os interesses e a “vontade” do *de cuius*.

---

interés público, y en tal sentido no puede ser imparcial; y mucho menos en los actos de jurisdicción voluntaria, que son confiados al juez no sólo para procurar el interés de los solicitantes, sino principalmente para satisfacer los intereses de la sociedad.”.

<sup>55</sup> Obnubilado = turvo, não aparente.

<sup>56</sup> Joaquim Canuto Mendes de Almeida escopo de sua tese em 1937 pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP.

<sup>57</sup> Nisto a incongruência, conceber processo como relação jurídica e não justificar a sua existência nos “procedimentos necessários”, apesar de considerá-las jurisdicionais.

<sup>58</sup> Apanágio = acervo; formação cultural de pessoa ou cultura de um povo. No sentido figurado pode ser aquele que nutre boas amizades.

Diferentemente do propalado<sup>59</sup>, nos “procedimentos necessários” a tutela jurisdicional não é realizada para vigiar negócios, o é para fiscalizar o interesse – por exemplo – do *de cuius*, daqueles que – infelizmente – não a podem exercer.

É neste sentido que o Estado pratica atividade supletiva, exerce a fiscalização daquele polo inexistente nesses procedimentos, que, não fosse o óbito, poderia realizá-la, compondo a dialética, exercendo a contrariedade ou a contraditoriedade.

Para nós, Niceto Alcalá Zamora Y Castillo<sup>60</sup> identificou a atividade, mas refutando-se-a mediante justificativa de inexistência de igualdade – nas suas palavras “próprias do estado absolutista”, enganou-se ao conferir isonomia, porque esqueceu a ausência – normalmente isto ocorre – do pólo passivo da ação.

O Mestre compara a “jurisdição voluntária” aos procedimentos administrativos, lastreando o seu pensamento nos poderes do Estado-juiz.

Vejam que este poder é praticado não no interesse próprio (do Estado Administração), mas, repisamos, justifica-se na ausência de um polo da ação (ou processo, dependendo de sua concepção como relação jurídica ou conjunto de regras).

**Nisso a principal distinção entre os atos administrativo e jurisdicional, aqueles, o Estado realiza no seu próprio interesse e, este, (o Estado) exerce atividade imparcial, assegurando o direito “das partes”. Ora, na ausência de um polo na ação, cumprirá ao juiz, mediante o princípio da imparcialidade, supedâneo da Magistratura<sup>61</sup>, igualá-los, preservando o interesse das pessoas que não puderam acompanhar o procedimento.**

**Entretentes, não é a ausência de um polo no procedimento, tampouco a atividade inquisitiva do juiz; ou ainda, a técnica que permite mitigar a imutabilidade da coisa julgada, na proporção da disponibilidade do direito; que retira a jurisdicionalidade dos “procedimentos necessários” (ou jurisdição voluntária).**

Repisamos: a regra da inquisitividade queda-se sociologicamente necessária ao “processo indispositivo”, porque realizadora da igualdade dos partícipes. Outro tanto reiteramos que: muitos podem contratar bons advogados, neste sentido, **seria injusto que o direito fosse preterido em homenagem do poder econômico.**

Com efeito, é a regra da inquisitividade, permitindo à autoridade oficiante agir complementando a atuação do partícipe, fomentando a isonomia e a busca pela verdade material, que atende aos anseios da comunidade e do Estado.

## **1.2 o regramento dispositivo**

No processo civil a característica típica é **o regramento dispositivo** (dito: “princípio” dispositivo), **concretizado pela iniciação probatória das partes.**

**Estas (as partes) assumem o compromisso tácito de “conduzirem” as provas até o órgão jurisdicional, não podendo este, apresentado pelo juiz, dar início à produção das provas.**

---

<sup>59</sup> José Frederico Marques. “Ensaio sobre a jurisdição voluntária”. Saraiva.

<sup>60</sup> Obra citada, p. 119.

<sup>61</sup> O princípio da imparcialidade é a base da Magistratura, não é regra processual porque existem processos parciais, por exemplo: execução e cautelar, conforme o nosso escólio em: “Introdução ao estudo dos processos – Profligando uma teoria geral”. S. Paulo: Editora Edmor. 2001.

**Quando versados direitos disponíveis, o regramento dispositivo orienta a atividade probatória das partes. Isto implica afirmar que: o juiz está adstrito<sup>62</sup> à produção probatória realizada pelas partes, não podendo agir sem ser concitado.**

É dizer, se a parte perdeu o prazo para arrolar testemunhas, não as arrolou, não produziu a prova suficiente a lastrear a sua pretensão, o juiz não poderá preencher esta lacuna, ouvindo a testemunha, sem o seu "pedido".

Ao contrário do ocorrente no processo penal que **o juiz nutre o “poder inquisitivo”, dando iniciação à produção probatória**; no cível, quando disponível o direito, o juiz deverá aguardar a condução da prova pelas partes, permanecendo inerte a esta iniciação.

O regramento dispositivo, identificador da atividade do juiz, no processo civil, define-se mediante a parêmia romana: *ne procedat iudex sine actore*, ou seja, o juiz não pode agir "de ofício", deverá "aguardar" a atividade das partes.

Claro que esta parêmia refere-se a situação mais ampla, identifica a própria ação do particular em busca da tutela jurisdicional, *ne procedat iudex sine actore* resta mais afeta à amplitude do princípio de demanda, (do que) ao simples regramento dispositivo, mas, *lato sensu*, abarca-se-o, definindo ambas situações.

**Resta, outro tanto, como formador da verdade processual que emerge como sucedâneo da incidência das regras, decorrência do regramento dispositivo, porque a parte não conseguiu produzir a prova do alegado direito, surgindo a verdade formal (fictícia); vale dizer, por não haver alegado algo no exato tempo, a parte perdeu a oportunidade de discuti-lo (este algo), decorrência da regra da eventualidade. E, por não haver produzido a prova satisfatoriamente, emerge – já o dissemos – a verdade aparente, resultado da incidência dos regramentos existentes no processo civil, esta a verdade formal.**

Reafirmamos: **o regramento dispositivo opõe-se à regra da inquisitividade. Nesta, em decorrência dos direitos indisponíveis, o juiz nutre mais poder, iniciando – caso for – a produção probatória, como atividade supletiva da inércia dos partícipes; inverso é o regramento dispositivo.**

Proposta a ação a tutelar direitos disponíveis, competirá ao autor provar os fatos constitutivos (que lastreiam, criadores = “constituidores”) de seu direito, por exemplo, ele assevera que o réu avançou o semáforo desfavorável e colidiu com o seu veículo, provocando danos. Se, chegado o momento de provar, não conseguiu realizar o seu mister, o juiz deverá julgar improcedente o pedido (vulgarmente: o autor “perdeu a ação”).

Notem que, neste caso, o réu nada precisa provar; diferentemente opera-se, se este (réu) comparecer e aduzir que solveu o débito. Nesse caso, se o réu argumentar que pagou, elencará fato extintivo (que termina, extingue) do direito do autor, invertendo o ônus da prova, sucedâneo de suas alegações.

Portanto, deverá provar o fato extintivo do direito (pagamento) conforme o artigo 333 inciso II<sup>63</sup> do Código de Processo Civil.

**Considerando-se o regramento dispositivo, o juiz não pode dar início à produção da prova, restando coarctado à atividade das partes, em decorrência da indisponibilidade do direito.**

---

<sup>62</sup> Adstrito = vinculado.

<sup>63</sup> Aduz o artigo 333 do CPC. “Art. 333. O ônus da prova incumbe: (...) II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.”.



## 2. o ônus da prova imposto pelo CPC e a sua orientação como regra de julgamento

Escandiremos, no tópico específico (capítulo dezesseis), acerca das **regras à formação da convicção do órgão julgador** e, conseqüentemente, à produção da prova. Mas, neste momento, importa pontuarmos a determinação inserta no artigo 333 e incisos do Código de Processo Civil.

Neste sentido, obtemperamos<sup>64</sup>, **as regras que determinam a incumbência acerca da produção de provas são (regras) de julgamento e, servem como orientação ao juiz não negar a prestação jurisdicional quando for decidir.**

Escolindo, asserimos que as partes nutrem o dever de lealdade e de boa-fé, devem articular fatos verdadeiros, posto que imposição dos regramentos processuais. E, como tal, as partes devem provar os fatos alegados, vale dizer, se o réu defender-se da articulação do autor, este (autor) deverá provar os fatos propalados<sup>65</sup> na inicial, por isso – normalmente – o autor incumbe-se de provar o direito alegado.

Mas, se o réu – ao se defender – elencar fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito alegado pelo autor, deverá provar esses fatos.

Isso emerge sem novidade, porque orientado pela lógica (quem alega deve provar). Mas, o iniciante deve entender que a determinação inculpada no art. 333 do CPC **é regramento para o juiz** e, principalmente, **será utilizada por ocasião do julgamento.**

Por isso asserimos serem **regras de julgamento**, porque **serão utilizadas pelo juiz ao decidir.**

Cientes da perplexidade do Leitor ao verificar, no parágrafo anterior, que a determinação inculpada no art. 333 do CPC refere-se – muito mais – ao órgão julgador (do que) às partes, reafirmamo-la mediante exemplo: no momento que for decidir acerca de alguma questão ou, julgar a causa, o juiz abre os autos e procura a prova dos fatos. Se não houver prova de fatos ou, esta (prova) for produzida parcialmente e, versados direitos disponíveis, **o juiz julgará com base na incumbência pela produção da prova.** Se a prova competir ao autor e, esta (prova) não estiver nos autos, o autor sucumbirá.

Distinto será se o autor cumpriu a sua missão de provar, mas, o réu alegou fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. No momento de proferir decisão, o juiz verifica se a prova está nos autos e, em decorrência da inversão de ônus da prova, provocada pelo réu (alegou fato extintivo, modificativo ou impeditivo), como sucedâneo de sua desídia de não produzir a prova daqueles fatos, o pedido será julgado procedente (o autor “ganhou” a causa). Como regra de julgamento, esta incumbência será definida – apenas – por ocasião da prolação da sentença, momento que o Estado-juiz verifica **quem nutriria a incumbência.** Se este dever for do réu, e não houver nos autos, este (réu) sucumbirá (perderá).

Escolindo, pontuamos: o autor alegou “A” e o réu apresentou fato extintivo do direito do autor, ambas provas existentes nos autos, **não importa quem as tenha produzido**, o pedido emergirá improcedente (réu ganhou a causa); pois, conseguiu (réu) produzir a prova do fato extintivo do direito do autor.

<sup>64</sup> Obtemperar serve como verbo a legar *start*, dar ação à locução verbal próxima. Porém, pode ser atribuída a significação de falar, fazer, operar.

<sup>65</sup> Propalar = divulgar, falar, escandir.

O importante, neste momento, emerge a descortinar a incumbência pela produção da prova, **se não realizada (incumbência), aquele que a assumiu, e não a realizou, sucumbirá (perderá).**

**O juiz considerará a incumbência pela realização da prova e a sua inércia, por ocasião do julgamento da causa, por isso denominamos regra de julgamento, somente neste momento o juiz verificará quem nutria a incumbência de produzir a prova e quedara-se inerte.**

**É a inércia (daquele que deveria realizar o ato) que determinará a sucumbência (perda).**

Digamos que recurso seja julgado em tribunal, e, no momento do julgamento o desembargador compulse<sup>66</sup> os autos à verificação da incumbência pela produção da prova acerca daqueles fatos alegados. Se a prova estiver nos autos, independentemente de quem a produziu, o recurso será provido (quem interpôs o recurso “ganhou”).

**Mas, se a prova não estiver nos autos, o desembargador verificará de quem seria a incumbência de produzir a prova e, em decorrência de não realizar o seu dever (de produzir a prova) sucumbirá.**

Então o juiz (desembargador), compulsando a determinação insculpida no art. 333 do CPC, **verifica a quem competiria a produção da prova, e, como este, que teria a incumbência de produzi-la (produzir a prova) não executou o mister, deverá sucumbir ao direito.**

Entretantes, **essas regras de julgamento, existentes na mencionada norma (art. 333 do CPC), determinam a “alternativa” do órgão julgador quando se depara com a inexistência de prova, apontando aquela parte, que deveria produzi-la, como sucumbente ao pedido** conduzido pela ação<sup>67</sup>.

Notem que **a distribuição do ônus da prova, inserta no mencionado texto legal (art. 333 do CPC), resta como resíduo do norteamento ético-moral de dever de produzir a verdade e lealdade procedimental, regramentos processuais** que refletem ao Direito Processual.

Este texto emerge como parte integrante da SEGUNDA EDIÇÃO do “Curso de Processo Civil Escoliado”. Caio Sérgio Paz de Barros. Editora Paz Jurídica. 1<sup>a</sup>. ed. 2008. 2<sup>a</sup>. Agosto-2010. Também do “Manual Sincrético de Direito Processual Civil”. Editora Paz Jurídica. 2010. O estudo acerca da inquisitividade grassou desde o início da década de noventa, mencionado – em sede de Processo Penal – em trabalho de 1999, mediante o título: “Os modelos (políticos) de persecuções penais e o descortino da inquisitividade. A incidência do contraditório no inquérito policial”. Também na Tese de Doutorado em 2003 pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP, mediante o título: “A regra da inquisitividade como elemento comum, e necessário, ao processo penal e à jurisdição voluntária, razão da indisponibilidade do direito em causa.”.

---

<sup>66</sup> Compulsar = manusear, folhear. No texto com o sentido de procurar, folheando.

<sup>67</sup> A ação representa – também – o meio de defesa; pois, enquanto o autor executa determinado pedido, o réu defende-se desta argumentação, exercendo – conseqüentemente – a defesa de seu direito.