

Fernando Chacha: Juiz tem o dever de determinar provas necessárias

Veritate, o vocábulo verdade corresponde à propriedade de estar em conformidade com os fatos ou a realidade; exatidão, autenticidade, veracidade ou a fidelidade de uma representação em relação ao modelo ou original.

Entretanto, observar-se no cotidiano forense sua bipartição, de um lado a formal representada pelo, por vezes simples, reflexo das provas carreadas exclusivamente nos autos e de outro a material que espelha ou tenta guardar estreita relação com os fatos correlacionados com o processo.

Tais dicotomias serão melhor vislumbradas nas linhas que seguem sem, contudo, afastar-se do neoprocessualismo que tem como viga mestra a (re)aproximação de preceitos constitucionais ao processo civil.

Verdade material e neoprocessualismo

Os novos rumos do processualismo moderno calham no encontro, extremamente positivo, entre o processo e a constituição conforme bem delinea Eduardo Cambi:

“A Constituição brasileira de 1988 ao contemplar amplos direitos e garantias fundamentais tornou constitucional os mais importantes fundamentos dos direitos materiais e processuais (fenômeno da constitucionalização do direito infraconstitucional). Deste modo, alterou-se, radicalmente, o modo de construção (exegese) da norma jurídica. Antes da constitucionalização do direito privado, como a Constituição não passava de uma Carta Política, destituída de força normativa, a lei e os códigos se colocavam no centro do sistema jurídico.[\[1\]](#)

Portanto, sendo a Constituição brasileira o centro gravitacional do sistema jurídico, conceitos antes em voga acabaram por ceder espaço aos preceitos da Carta Magna.

A título de ilustração, impende lembrar que em torno do Código de Napoleão formou-se a escola da exegese e, por sua vez, a interpretação literal.

Tal sistema era galgado na lei como brocardo máximo, assim, as leis aprovadas pelo (pseudo) povo — leia-se burguesia — deveria ser cumprida e não caberia ao juiz interpretá-la de forma diversa, daí a célebre sentença: o juiz é a boca da lei (*la bouche de la loi*).

O processualismo moderno, importando conceitos europeus, aprimorou tal retrógrado sistema culminando na atualidade com o neoprocessualismo. Este, em síntese, vislumbra ordem jurídica justa pautada na instrumentalidade do processo[\[2\]](#), bem como, de sua construção mediante técnicas processuais adequadas a consecução dos direitos materiais.

Afinal, são preceitos processuais imbuídos na Constituição a busca pela paz social e efetividade do processo.

Da mesma feita é, igualmente, corolário do sistema processual o alcance, pleno, da verdade material.

Assim, no ordenamento vigente, o jurisdicionado tem direito a uma ordem jurídica justa que abrange não só o contraditório sob a ótica formal, mas também substancial[3], o devido processo legal e a participação dialética na formação do convencimento do julgador.

Por tudo isso, torna-se difícil sustentar a convivência isolada da verdade formal no processualismo moderno, considerando que o direito ao processo justo é sinônimo da, fundamental, tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada.

Neste sentido, a verdade que reflete com exatidão os acontecimentos exteriores ao processo é a obsessão a ser seguida, sob pena de romper com os paradigmas constitucionais já delineados.

A propósito, o magistrado tem o poder-dever, nos contornos da persuasão racional ou princípio do livre convencimento motivado, sem macular sua imparcialidade e caso observe que nos autos as provas não lhe parecem robustas, determinar, de ofício, outras provas que entender necessárias bem como indeferir aquelas inúteis ou meramente protelatórias à luz do art. 130[4][5] do Código de Processo Civil.

Isto se dá pelo poder pró-ativo e até mesmo geral probatório que tem o magistrado na busca da, almejada, ordem jurídica justa.

Não há o que se urdir ou explicitar no rompimento da imparcialidade e, sim, lado outro em critérios objetivos do alcance probatório como consectário do, constitucional, processo justo e célere em, estrita, observância ao princípio valor, já explicitado anteriormente, do devido processo legal material nos moldes do direito americano[6].

Inclusive, esta é a iterativa jurisprudência, respectivamente, do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO REGRESSIVA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. PROVA. REEXAME.IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. INCIDÊNCIA.

1. A ausência de discussão da matéria contida nos preceitos legais indicados como violados impede o conhecimento do apelo nobre, em razão do óbice representado pela Súmula 211/STJ. 2. É firme a compreensão desta Corte no sentido de que, "sendo o juiz o destinatário da prova, cabe a ele, com base em seu livre convencimento, avaliar a necessidade desta, podendo determinar a sua produção até mesmo de ofício, conforme prevê o art. 130 do Código de Processo Civil" (AgRg no Ag 1.114.441/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 16/12/2010, DJe 4/2/2011).3. A revisão do entendimento fixado pelo Tribunal de origem, no sentido de que a prova coligida é suficiente para dirimir a controvérsia, demanda acurado exame do acerto probatório, procedimento que, em sede de recurso especial, encontra óbice na orientação fixada pela Súmula 7/STJ.4. Agravo regimental a que se nega provimento.(AgRg no AREsp 512.821/CE, Rel. Ministro OG

FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/06/2014, DJe 25/06/2014)

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA. DESPACHO SANEADOR. REALIZAÇÃO DE PROVAS POR INICIATIVA DO JUIZ. ARTIGO 130 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA. 1. A preclusão é instituto processual que importa em sanção à parte, não alcançando o magistrado que, em qualquer estágio do procedimento, de ofício, pode ordenar a realização das provas que entender imprescindíveis à formação de sua convicção. 2. Código de Processo Civil, artigo 130. Aplicação do princípio do livre convencimento do juiz, a quem cabe a direção do processo, determinando, inclusive, as diligências necessárias à solução da lide. Instrução probatória. Preclusão pro judicato. Inexistência. Agravo regimental não provido.(AR 1538 AgR-AgR, Relator(a): Min.

MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2001, DJ 08-02-2002 PP-00261 EMENT VOL-02056-01 PP-00025)

Ainda, neste mesmo viés são os ensinamentos do doutrinador baiano Fredie Didier Júnior “nada obstante ainda se perceba, na doutrina, na jurisprudência e na própria legislação, certa resistência à iniciativa probatória do magistrado, fruto de reminiscência histórica de um tempo em que se tinha uma visão eminentemente privatista do direito processual, pode-se dizer que hoje, como desenvolvimento de uma visão oposta, que enxerga o processo civil sob um ângulo mais publicista, a tendência é de se conferir ao Estado-juiz os mais amplos poderes instrutórios”.^[7]

Ultrapassada as premissas iniciais, passo a análise dos princípios correlatos interligados à prestação jurisdicional eficiente.

Cooperação intersubjetiva, efetividade processual e paz social

Pelo esposado deve o julgador, no transcurso da instrução probatória, utilizar-se do que se denomina cooperação intersubjetiva em busca da verdade.

Conforme bem elucida Lúcio de Grassi de Gouvêa^[8], o princípio da cooperação equivale ao direito de perguntar do juiz (*Fragerecht*) que corresponde a um dever de perguntar e esclarecer (*frege und Aufklärungspflicht*).

O direito alemão admite, inclusive, a utilização do recurso, nos casos em que for aconselhável o esclarecimento das posições, de fato e de direito, das partes e a introdução de eventuais perspectivas judiciais dela divergentes.

Vale descurar, ainda, que o artigo 139 do Código de Processo Civil Alemão dispõe que “o presidente deve fazer com que as partes se expressem inteiramente sobre os fatos decisivos e formulem pedidos úteis e particularmente completem as alegações insuficientes dos fatos invocados e indiquem meios de prova”.

Complementando o dever de cooperação do magistrado Miguel Teixeira de Souza^[9] o resume em quatro facetas: prevenção, auxílio, esclarecimento e consulta.

Justamente sobre o primeiro dever, a prevenção, pode ser utilizado na busca pela materialidade da

verdade no processo, visto que os pedidos pouco claros devem ser apontados pelo juiz e conseqüentemente explicitados pelas partes. Este dever está regulamentado no artigo 284[10] do Código de Processo Civil Brasileiro.

Outrossim, soma-se o dever de auxílio às partes que permite ao magistrado (dentre outros casos) retirar obstáculos injustificadamente criados por um dos sujeitos à instrução probatória.

Assim, a atividade judicial não é voltada, prefacialmente, ao julgamento com resolução do mérito por, eventual, improcedência dos pedidos formulados na exordial ante a não comprovação probatória, e sim, de outra ponta, auxílio judicial na busca da ordem jurídica justa[11].

Do mesmo modo, o dever de esclarecimento se refere à conduta do tribunal em esclarecer às partes sobre as dúvidas que, porventura, tenham quanto às alegações, pedidos ou posições em juízo.[12]

Por derradeiro, a consulta tem como objetivo evitar decisões surpresas, ou seja, não consubstanciadas pela marcha processual eleita nas manifestações do julgador.

A soma destes deveres do julgador no neoprocessualismo calha certamente com a vontade do jurisdicionado, qual seja, receber uma sentença justa que observe os parâmetros constitucionais aplicados ao processo.

Desta feita, tais preceitos guardam estrita similitude com a pacificação social[13], escopo primário da jurisdição, efetividade do processo[14] e, da mesma maneira, cooperação intersubjetiva como corolário da verdade material.

Análise conclusiva

De mais a mais, portanto, não pode o magistrado adotar a postura da inércia ante o seu poder-dever instrutório, inclusive com a possibilidade, como antes vislumbrado, de determinação da prova de ofício.

Soma-se ao fato a obrigação em cumprir os deveres criados pelo processualismo moderno, quais sejam: prevenção, auxílio, esclarecimento e consulta. Tudo isto como instrumentos eficazes aos atendimentos de preceitos constitucionais que se espraiam na órbita processual civilista.

Sintetizando, com proficuidade, as idéias anteriores, desfecho transcrevendo os, peculiares, ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni “no Estado Constitucional, o juiz dispõe sobre os meios de prova podendo determinar as provas necessárias à instrução do processo de ofício o a requerimento da parte. A iniciativa probatória é um elemento inerente à organização de um processo justo, que ao órgão jurisdicional cumpre zelar, concretizando-se com o exercício de seus poderes instrutórios tanto a igualdade material entre os litigantes como a efetividade do processo. É mais do que evidente que um processo que pretenda estar de acordo com o princípio da igualdade não pode permitir que a “verdade” dos fatos seja construída indevidamente pela parte mais astuta ou com o advogado mais capaz. A necessidade de imparcialidade judicial não é obstáculo para que o juiz possa determinar prova de ofício [15]”.



[1] CAMBI, Eduardo. Leituras Complementares de Processo Civil. 6ª ed. Juspodivm. P. 155.

[2] Conforme nos ensina a festejada obra de Candido Rangel Dinamarco a instrumentalidade tem aspectos positivos e negativos. Sob este viés pretende combater o formalismo, enquanto positivamente deve o processo ser apto a produzir escopos institucionais, e são eles jurídicos-políticos-socias.

[3] A dimensão formal garante às partes o direito de integrar a ação cujo objeto possa atingir-lhes em determinado direito. É a garantia de as partes serem ouvidas antes de uma decisão que lhes seja desfavorável. Já A dimensão substancial realiza-se no "poder de influência", ou seja, não basta poder participar do processo (dimensão formal), é preciso que a participação seja apta a interferir no conteúdo da decisão. Assim, o contraditório é a participação com poder de influência.

[4] 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.

[5] De forma, ainda, mais impositiva estabelece do Novo Código de Processo Civil Frances: O art. 10. Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction, légalement admissibles.

[6] BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. 4. ed. ver. e atual. Até a Emenda Constitucional n. 35/2001. São Paulo : Saraiva, 2002.

[7] DIDIER JÚNIOR. Fredie e Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, Curso de direito processual civil , vol.2.Salvador: Podium, 2007, p. 52

[8] Leituras Complementares de Processo Civil. 6ª ed. Juspodivm. P. 175.

[9] SOUZAm Miguel Teixeira de. Estudos Sobre o Processo Civil, 2ª ed., lex, Lisboa, 1997, p. 65.

[10] Art. 284, CPC – Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias.

[11] No Brasil exemplificado pelos artigos 355(O juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa, que se ache em seu poder) e 360 (Quando o documento ou a coisa estiver em poder de terceiro, o juiz mandará citá-lo para responder no prazo de 10 (dez) dias), ambos do Código de Processo Civil.



[12] Art. 266, n.2º do CPC Português.

[13] “Quanto mais o provimento jurisdicional se paz social: aproximar da vontade do direito substancial, mais perto se estará da verdadeira paz social” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes Instrutórios do Juiz. 3. ed. São Paulo: Revistas Tribunais, 2001.

[14] O doutrinador e Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Roberto Barroso leciona que a efetividade representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais, e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. *In* BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Disponível em: <www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>

[15] MARINONI. Luiz Guilherme. Código de Processo Civil comentado. 6ª ed. Ed. RT. São Paulo. 2014. Pag. 178.