

Limites do juiz na produção de prova de ofício no artigo 370 do CPC



Lenio Luiz Streck
jurista e professor

O leitor e articulista Sérgio Niemeyer me lembra de uma questão

interessante que exsurge da leitura do Código de Processo Civil 2015. O artigo 370, *caput* do CPC estabelece que “*cabará ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito*”. Que tipo de prova o juiz poderá determinar, isto é, de que tipo de prova o juiz poderá ser o protagonista, sem que voltemos mais de cem anos no tempo, ao tempo do socialismo processual de Menger e Klein? Eis o busflis.

Niemeyer coloca o seguinte exemplo: Vamos supor um litígio entre duas pessoas, versando sobre indenização por perdas e danos (materiais, morais, etc) em razão de obra conduzida pela parte ré em terreno vizinho. A parte que move a ação junta documentos que julga pertinentes (receita mensal, etc). Conforme a lei, o juízo determina que as partes digam das provas que pretendem produzir. Por incrível que possa parecer, a parte autora diz que nada há a produzir. Por consequência, a parte ré solicita o julgamento antecipado, mas, em caso de prosseguimento para a instrução, requer a produção de prova documental nova e o depoimento pessoal da parte autora. Por alguma razão há troca de juízes. O novo determina, de ofício, a produção de perícia contábil para verificar os prejuízos alegados pela autora.

A pergunta é: se a parte autora diz que *não há mais provas para produzir*, qual é a razão pela qual o juiz “assume a causa” por ela? Os direitos eram indisponíveis? Não. Então? Não é necessário explicitar mais o exemplo para entender os limites e a ultrapassagem dos limites feitos por uma decisão desse jaez. Neste caso, se é de ofício a prova, cabe a pergunta: o juiz, ele mesmo, por sua conta, faz os quesitos? Quem paga o perito? De quem é(ra) a dúvida para o deslinde? O autor, instado, nada produziu além do que tinha feito na inicial. O direito era seu. Dele dispunha. Correu o risco.

Este é apenas um dos exemplos que podem trazer sérias consequências caso haja uma interpretação alargada do artigo 370.

Pois bem. Nos *Comentários ao CPC* (Saraiva, 2016 – L.L.Streck, D.Nunes, L.C.Cunha e A.Freire), coube-me a honra de falar sobre o alcance do artigo 370. E assim o fiz:

“Esse dispositivo se constituía no artigo 130 do CPC/73. Agora desdobrado em *caput* e parágrafo, não introduziu alterações sintáticas. Evidentemente, se o seu texto é o mesmo, a sua norma deverá ser diferente, na medida em que o CPC se inscreve em um novo paradigma de compreensão, isto é, do superado paradigma da subjetividade parte-se para a intersubjetividade. *Isso quer dizer que o juiz, quando agir de ofício, não terá a liberdade de convencimento ou a liberdade de apreciação do quadro probatório como tinha no CPC derogado.*

Mesmo que esteja autorizado a agir de ofício, não pode se colocar de um lado do processo, olvidando a necessária imparcialidade, que deve ser entendida, no plano do Constitucionalismo Contemporâneo, como o princípio que obriga o juiz a uma *fairness* (Dworkin), isto é, a um jogo limpo, em que as provas são apreciadas com equanimidade. Isso também quer dizer que, mesmo que possa agir de ofício, o juiz não o faça agindo por políticas ou circunstâncias de moralidade, e sim por intermédio dos princípios constitucionais.

Ainda sob o império do CPC anterior, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Nery já advertiam que o poder instrutório (agir de ofício) deve sempre garantir a igualdade de tratamento às partes (*CPC comentado*, Revista dos Tribunais, 14. ed., 2014, p. 488). Por isso, *o agir por princípios funciona como uma blindagem contra desvios do “agir de ofício”, podendo ser cobrados pela parte prejudicada em grau recursal, inclusive em sede de recurso extraordinário.*[acrescento aqui um “bingo” que não consta nos Comentários].

Ademais, há que se salientar que o próprio CPC estabelece disposições para controlar publicamente esse poder de agir de ofício. *A principal ferramenta, nesse sentido, aparece prevista no artigo 10, que contemplou a proibição de decisão surpresa, inclusive para as decisões que versem sobre matéria que poderia ser apreciada de ofício.* Assim, em casos tais, o juiz deve dar oportunidade de manifestação para as partes, visando um maior controle público das decisões. O poder de agir de ofício também não se confunde com o conhecimento de matérias a cujo respeito a lei exija a iniciativa da parte. Portanto, *não é sobre qualquer matéria ou prova que o juiz tenha o poder de ofício. É o que a doutrina tem chamado de respeito ao princípio dispositivo. Na verdade, o poder de ofício diz respeito, primordialmente, aos direitos indisponíveis, podendo ser exercido também no segundo grau de jurisdição*”.[grifei agora]

Em suma: pela melhor leitura do artigo 370 à luz do paradigma da intersubjetividade, o juiz só poderá determinar de ofício as provas necessárias ao julgamento de mérito quando se tratar de questão que verse sobre direitos indisponíveis a respeito dos quais as partes não possam transigir.

Isso porque, do contrário, o juiz jamais poderá julgar o mérito sob o fundamento de que a parte não provou, como lhe incumbia, o fato constitutivo do direito alegado (373, I) ou o fato desconstitutivo (373, II), porquanto se há prova necessária a ser realizada, cumpre ao juiz determinar sua produção de ofício. Não o fazendo, não pode julgar o mérito. Simples assim.

O Poder Judiciário deve se dar conta de que, mesmo que o texto de um dispositivo do CPC/2015 seja

igual ao anterior — o que é o caso — a norma a ser, todavia, produzida, necessariamente não é a mesma. Isto é, mesmo textos podem produzir novas normas, se produzidas sob novos tempos e novos paradigmas. Direitos disponíveis não devem ter um juiz a protege-los “de ofício”.

Se vingar a tese de que “de ofício” quer dizer “aquilo que o juiz entender ao seu talante na busca de uma ‘verdade real’^[1] (sic), a questão a saber é: *qual das duas partes terá a sorte de ter ao seu lado o olhar de ofício do magistrado?* O autor ou o réu? Serão, então, dois contra um?

¹ Sobre verdade real e sua impossibilidade (e sua fraude epistêmica), escrevi rios de tinta e milhares de caracteres. Por todos, veja-se *O Cego de Paris I, II e III* aqui na **ConJur** ([aqui](#), [aqui](#) e [aqui](#)).

Date Created

15/09/2016