

JUSTIÇA & CIDADANIA[®]

Edição 172 • Dezembro 2014

FLAVIO CROCCE CAETANO
SECRETÁRIO DE REFORMA DO JUDICIÁRIO DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA

OS DEZ ANOS DA REFORMA DO JUDICIÁRIO

Editorial: Roube grande

Atividade probatória de ofício e o ativismo judicial

Adriana Delboni Taricco | Juíza federal

1. Introdução

Buscamos, por meio deste estudo, analisar se o poder instrutório do juiz, no processo civil, com base no artigo 130, do Código de Processo Civil, é ilimitado, irrestrito, ou se encontra algum limite no sistema jurídico pátrio.

Para tanto, em um primeiro momento, é necessário definir quais são os conceitos adotados de atividade probatória de ofício e de ativismo judicial.

Logo após, focamos na aplicação dos conceitos aqui narrados na prática, levando em conta os artigos 130 e 333 do Código de Processo Civil, que acabam por delimitar as fronteiras da atuação judicial, no campo instrutório.

Pensamos em como o juiz deve aplicar o poder a si conferido pelo primeiro dispositivo acima citado, sem que, com isso, ultrapasse o limite legal, ou seja, sem que o juiz adentre na esfera do ativismo judicial.

Na parte da conclusão, expressamos o nosso entendimento no sentido de que é possível e necessária a provocação de produção de prova pelo magistrado, de ofício, mas não de maneira ilimitada ou irrestrita, buscando evitar-se, assim, o ativismo judicial como conceituado nesse estudo.

2. Conceitos de atividade probatória de ofício e de ativismo judicial

Conceituar é dar nome e definir é impor limites ao uso de um conceito. A conceituação e a sua posterior definição são condutas necessárias para todo e qualquer trabalho científico, a fim de se estabelecer o objeto de estudo.

Nesse sentido, destacamos que o conceito de atividade probatória, adotado nesse artigo, será o de conduta

realizada por qualquer das partes de um processo a fim de trazer aos autos a demonstração de determinado fato alegado, relevante e útil, ao deslinde da causa.

No que tange à atividade probatória de ofício, seu conceito será o de conduta ativa do juiz tendente a instruir os autos com alegações sobre fatos relacionados aos expressos pelas partes, na inicial e na contestação, sem prévio pedido do autor ou do réu.

A prova, portanto, é aqui considerada como fato jurídico utilizado pelas partes na tentativa de buscar e de mostrar a verdade em Juízo. A importância da prova no processo, como bem coloca José Carlos Barbosa Moreira (2011, p. 1.102), reside no fato de que “é muito pequeno o número das causas que se podem julgar à luz da solução de puras questões de Direito. Na maior parte dos casos, na imensa maioria dos casos, a dificuldade consiste principalmente nas questões de fato”.

Interessante, nesse ponto, já definir que a verdade que acreditamos existir como fim da atividade probatória é a processual, distante daquela chamada, por alguns de real, material, verdadeira, absoluta ou substancial.

Entendemos que a verdade dita real é objeto de estudo da metafísica e não é possível de ser alcançada no processo judicial, de modo que toda verdade alcançada em juízo é formal, seja no processo civil ou no processo criminal.

Creemos, porém, que a verdade processual é suficiente para gerar a pacificação social por meio da aplicação, pelo Estado-Juiz, do procedimento legal previamente posto, já que a sociedade, em consenso, por meio de seus representantes legais, adotou regras processuais claras



que visam à paridade de armas entre as partes de uma relação processual.

O ativismo judicial, por sua vez, aqui é considerado como a atividade do juiz que não encontra respaldo em norma jurídica construída pelo intérprete por meio dos textos previamente postos pelos representantes do povo legitimamente eleitos.

Dessa forma, ao agir fora do sistema jurídico, o magistrado adentra em esfera política, social, religiosa, econômica, e passa a realizar conduta não prevista em lei, conduta esta que não lhe cabe e não lhe é permitida nas hipóteses em que há regras postas, sob pena de gerar insegurança jurídica.

Dalmo de Abreu Dallari (1996, p. 37) cita situação em que o juiz age por convicção ou interesse pessoal, fora, portanto, do sistema jurídico:

Há juízes que, por convicção ou interesse pessoal, são cúmplices de governos, pessoas e grupos privados violadores de direitos humanos e, a partir daí, protetores dos agentes diretos da violação. Isso tem ficado muito evidente, por exemplo, no comportamento de alguns juízes e tribunais brasileiros, em casos de violência contra índios e comunidades indígenas, havendo mesmo juízes que dificultam ao extremo a execução de decisões de tribunais superiores que dão garantia a direitos indígenas.

Justamente para que haja segurança jurídica, por meio da previsibilidade das regras do jogo, isto é, das normas que instruem o processo judicial, é que devemos compreender até que ponto pode o juiz provocar a produção de provas, de ofício.

3. Lindes do poder instrutório do juiz: entre os artigos 130 e 333 do Código de Processo Civil

O artigo 130 do Código de Processo Civil dispõe que “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”.

A regra processual é clara: desde que necessária, a prova deve ser provocada pelo magistrado. Mas quando essa prova deve ser provocada pelo juiz? Sempre? Pensamos que não. A interpretação deve ser sistemática, não basta a letra de um único artigo legal para compor a norma.

Em um primeiro momento, acreditamos que o magistrado precisa verificar quais foram as provas produzidas pelas partes. Apenas depois dessa instrução é que o juiz terá a oportunidade de complementar (de maneira subsidiária, portanto) a provocação de produção de prova visando à comprovação de fatos relacionados às questões postas.

Apesar da existência de inúmeros doutrinadores que pensam de modo diferente de nós, isto é, no sentido de que o artigo 130 do Código de Processo Civil daria amplo e irrestrito poder instrutório ao juiz, adotamos o posicionamento de João Batista Lopes (2011, p. 1.127):

Temos para nós que a interpretação literal e isolada do art. 130 pode acarretar distorções como a de considerar o juiz um investigador de provas.

Em princípio, às partes incumbe o ônus da prova, e a ausência de demonstração dos fatos tem como corolário a improcedência do pedido, e não a incidência do art. 130.

“Em um sexto momento, lembramos que ao juiz também não é permitido provocar a produção de prova ilícita, ou usar provas ilegítimas para fundamentar decisões, nos termos da regra constitucional do artigo 5º, inciso LVI”

Assim, por exemplo, se o autor não prova o acidente, em ação de indenização por perdas e danos, não cabe ao magistrado suprir a omissão com requisição de informações ao departamento de trânsito.

Em um segundo momento, ressaltamos que ao juiz não é dado um poder irrestrito quando há conjunto probatório suficiente para que a causa seja julgada, ou seja, não poderá o magistrado em qualquer fase processual e a qualquer tempo provocar a produção de mais prova se já há provas realizadas/produzidas pelas partes que tornam possível a análise do caso em concreto pelo magistrado.

O Estado-juiz também está sob a égide da Constituição Federal de 1988 e deve, assim, zelar pela celeridade processual, conforme dita o artigo 5º, inciso LXXVIII, que assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Em um terceiro momento, salientamos que o juiz está adstrito e limitado ao pedido do autor, expresso na petição inicial, contestado pelo réu, isto é, o seu exercício está restrito aos pontos controvertidos da ação, ou melhor, às questões da relação processual.

Daniel Penteado de Castro (2013, p. 279) esclarece que não há opinião única na doutrina acerca da dimensão do princípio dispositivo e de seu conteúdo, mas explica que:

Em linhas gerais, o princípio dispositivo é aquele segundo o qual a vontade relevante e decisiva no processo é a das partes: consiste no poder das partes de dispor do processo civil, determinando com a sua atuação o início, o objeto, o desenvolvimento e o término do processo.

Maria Elizabeth de Castro Lopes (2006, p. 152), por sua vez, conclui que um processo é efetivo e justo quando seu resultado garante a paz pública, a certeza e a segurança jurídica e, sobre o princípio dispositivo, pontua:

10. O princípio dispositivo, longe de ter sido eliminado, continua vivo no processo civil contemporâneo, notadamente na Espanha, em Portugal e na Itália.
11. A admissibilidade do princípio dispositivo não é incompatível com o fortalecimento dos poderes do juiz.
12. O juiz não é dono do processo (*dominus processu*), pois este é um instrumento público regido pelo princípio da colaboração entre os sujeitos que dele participam.

Em um quarto momento, fazemos constar que a atividade instrutória do juiz deve ser devidamente justificada, mais do que motivada e/ou fundamentada.

O juiz, desse modo, deve prestar contas, em decisão, de por que resolveu provocar a produção de provas, explicando a toda sociedade os motivos fáticos e jurídicos que o levaram a tal conduta. Essa é a forma existente no ordenamento para que a decisão judicial seja, antes de tudo, jurídica, conforme o sistema do direito, de acordo com a Constituição Federal, passível de controle democrático.

Esse dever de prestar contas do juiz é chamado por alguns de *accountability*. Conforme Lenio Luiz Streck (2013, p. 342):

Trata-se, pois, de um dever fundamental do cidadão, como, aliás, é posição assumida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Afinal, se o Estado Democrático de Direito representa a conquista da supremacia da produção democrática e do acentuado grau de autonomia do direito, a detalhada fundamentação das decisões proporciona uma espécie de *accountability*.

Em um quinto momento, com base nos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, mister frisar que o juiz, para evitar decisão surpresa, em nome da segurança jurídica, deve dar ciência às partes da decisão de provocar a produção de provas de ofício, inclusive com a oportunidade de reação delas contra tal conduta e resposta justificada a tais impugnações. Eis o devido processo legal.

Sobre a impossibilidade de decisão surpresa, explica Nelson Nery Júnior (2013, p. 238):

A proibição de haver decisão surpresa no processo, decorrente da garantia instituída pelo princípio constitucional do contraditório, enseja ao juiz o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, incluídos os que possivelmente poderão ser decididos por ele, seja a requerimento da parte ou interessado, seja *ex officio*. Trata-se da proibição da sentença de “terceira via”.

Em um sexto momento, lembramos que ao juiz também não é permitido provocar a produção de prova ilícita, ou usar provas ilegítimas para fundamentar decisões, nos termos da regra constitucional do artigo 5º, inciso LVI.

Há, porém, casos excepcionais em que, para se garantir direito fundamental individual, é necessário o uso de prova antijurídica pelas partes ou pelo juízo.

Nesse sentido, Nelson Nery Júnior (2013, p. 275) posiciona-se:

A doutrina se manifesta de forma bastante controvertida a respeito, havendo opiniões, por exemplo, no sentido de admitir-se a prova obtida ilicitamente como válida e eficaz no processo civil, sem nenhuma ressalva. A nosso ver, entretanto, não devem ser aceitos os extremos: nem a negativa peremptória de emprestar-se validade e eficácia à prova obtida sem o conhecimento do protagonista da gravação sub-reptícia, nem a admissão pura e simples de qualquer gravação fonográfica ou televisiva. A proposição da doutrina quanto à tese intermediária é a que mais se coaduna com o que se denomina modernamente de *princípio da proporcionalidade (Verhältnismäßigkeitsmaxime)*, devendo prevalecer, destarte, sobre as radicais.

Com exceção de casos excepcionais, então, em que o juízo não tem como garantir direito individual mais relevante que à intimidade/privacidade (por exemplo: vida), a regra é de que ao juiz também é vedada a utilização de prova ilícita.

Em um sétimo momento, tomamos como limite ao poder instrutório do juiz os efeitos da revelia, pois, com base no artigo 319 do Código de Processo Civil, se o réu não contesta os argumentos expressos pelo autor na inicial, os pontos colocados na exordial não são controvertidos, não havendo questão a ser objeto de provocação de atividade probatória pelo magistrado ou por qualquer outra parte da relação processual.

É claro que, neste momento, devemos excepcionar a extensão dos efeitos da revelia tal como o faz o Código de Processo Civil, no artigo 320.

Quando, então, partir para o julgamento, com base no artigo 333 do CPC, e em quais casos deve o juiz agir de ofício, nos termos do artigo 130 do CPC, na fase de instrução?

É esse limite de atuação que não é encontrado objetivamente nas regras processuais, cabendo ao intérprete do sistema jurídico ponderar os parâmetros dentro dos quais pode o magistrado agir legitimamente.

Se uma parte do processo, autor ou réu, poderia ter juntado um documento e não o fez, não cabe, portanto, ao juiz provocar tal juntada. É a regra do artigo 396 do Código de Processo Civil.

Se a parte pretende juntar um documento ao qual não tem acesso, cabe a ela requerer, comprovando que não

pode obter o documento, que o magistrado diligencie a respeito. É a regra do artigo 356 do Código de Processo Civil. Difícil pensar, assim, em um caso em que o juiz deva provocar, de ofício, a produção de prova documental, no processo civil, fora da norma extraída do artigo 399 do Código de Processo Civil.

Se as partes podem arrolar qualquer pessoa como testemunha e não o fazem, por que o juiz o faria? Como justificariamos essa conduta? Relembramos que a verdade judicial é a processual. Ressalvando o caso de testemunha referida, difícil fundamentar que o juiz possa trabalhar pelo patrono da parte.

Mantendo o pensamento na prática, se as partes juntam documentos técnicos, cabe ao juiz, de ofício, determinar perícia, quando necessária. Nesse caso, a parte pediu a prova, ainda que indiretamente: a parte traz fatos, mas que precisam ser vertidos em linguagem jurídica. A determinação da prova pericial, assim, é tornar eficaz a prova provocada pelo autor ou pelo réu.

Mas e a inspeção judicial? Nesse caso, pode não haver qualquer conduta das partes e o juiz pode realizá-la. O artigo 440 do Código de Processo Civil dispõe que o magistrado

pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, de ofício ou a requerimento da parte, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão. Pensamos que este meio de prova deve ser analisado com o mesmo cuidado da prova testemunhal.

Nesse sentido, cabe às partes requerer a inspeção do juiz ou, caso determinado dado fático (fenomênico) seja citado (referido) por documento, por testemunha, em depoimento pessoal ou em confissão, pode o juiz de ofício determinar a inspeção.

Levando em conta que o juiz não pode deixar de julgar (*non liquet*) e considerando que a parte pode não ter produzido prova suficiente para a demonstração da constituição de seu direito alegado, cabe ao juiz aplicar as regras do 333 do Código de Processo Civil, em regra.

4. Conclusão

O poder instrutório do juiz, no processo civil, com base no artigo 130, do Código de Processo Civil brasileiro, é limitado e restrito tendo em vista os limites existentes no sistema jurídico pátrio.

O magistrado, no panorama do Código de Processo Civil (diferente do contexto da Lei nº 9.099/1995), só pode provocar a produção de prova: após analisar a atividade instrutória realizada pelas partes; na ausência de provas produzidas pelas partes que tornam possível a análise do caso em concreto pelo magistrado; adstrito e limitado ao pedido do autor contestado pelo réu; por meio de decisão devidamente justificada (*accountability*); após dar ciência às partes; sem usar provas ilícitas para fundamentar decisões; e fora do campo de atuação dos efeitos da revelia.

Além disso, provas como a inspeção judicial e a testemunhal devem ser provocadas de ofício mediante prévia referência por meio de outras provas, ao passo que a perícia pode ser determinada pelo juiz sem o pedido das

“Provas como a inspeção judicial e a testemunhal devem ser provocadas de ofício mediante prévia referência por meio de outras provas, ao passo que a perícia pode ser determinada pelo juiz sem o pedido das partes se há material já produzido, apresentado por elas e que dependa de conhecimento técnico não jurídico”

partes se há material já produzido, apresentado por elas e que dependa de conhecimento técnico não jurídico.

Entendemos ser estes os lindes do poder instrutório do juiz que deve adotar conduta ativa após a realização probatória das partes, nos termos acima expostos, com base no artigo 130 do Código de Processo Civil, aplicando, ao final do processo, as regras do artigo 333, do Código de Processo Civil, sob pena de agir sem respaldo em norma jurídica, o que configuraria ativismo judicial como aqui definido e geraria grande insegurança jurídica na sociedade, com o conseqüente descrédito no Poder Judiciário.

Referências bibliográficas

- CASTRO, Daniel Penteado de. *Podres instrutórios do juiz no processo civil: fundamentos, interpretação e dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O juiz e a prova. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Atividade probatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1.102. (Coleção doutrinas essenciais: processo civil; v. 4)
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- NERY JÚNIOR, Nelson; e ABOUD, Georges. *Ativismo judicial como conceito natimorto para consolidação do Estado democrático de direito: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém*. In: DIDIER Jr., Fredie et al. (Org.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz; e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de Oliveira. *O que é isto: as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.