
LIMITES DO PODER-DEVER DO JUIZ NA PRODUÇÃO DA PROVA

*LIMITS OF POWER-DUTY OF JUDGE IN PRODUCTION OF
EVIDENCE*

Rosária Aparecida Maffei Vilares

*Procuradora Federal atuante no Subnúcleo de Matéria de Pessoal do Núcleo de
Matéria Administrativa da Procuradoria Regional Federal da 3ª Região. Bacharel em
Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie/SP.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Definição de prova; 2 Finalidade e destinatários da prova; 3 O ônus da prova; 4 O juiz e a busca da verdade real; 5 Fundamentação da decisão; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: A prova é o conjunto de meios legais e moralmente legítimos pelos quais os fatos são demonstrados ou negados no decorrer do processo judicial. O propósito do autor é a obtenção das provas que comprovarão os fatos constitutivos do seu direito, enquanto que o réu demonstrará a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, nos termos do artigo 373, I e II do Código de Processo Civil. O juiz, por sua vez, tem o poder-dever de buscar a verdade real no processo judicial, tendo como objetivo proferir uma decisão fundamentada e justa, sendo que para alcançar tal desígnio poderá usar dos meios legais para a obtenção das provas e nesse contexto tem o embasamento jurídico expressamente contido no artigo 370, *caput*, do CPC.

PALAVRAS-CHAVE: Processo. Partes. Juiz. Prova. Ônus. Verdade Real.

ABSTRACT: Evidence is defined as the set of legally and morally legitimate means by which the facts are demonstrated or denied in the course of the judicial process. The purpose of the plaintiff is to obtain evidence that will prove the constituent facts of his right, while the defendant must demonstrate the existence of fact which prevents the creation, or extinguishes fact of the plaintiff's right, pursuant to Article 373, I and II of the Code of Civil Procedure. The judge, then, has the power-duty to seek the real truth in the judicial process, with the objective of issuing a reasoned and fair decision, and to achieve such a design, he may use the lawful means to obtain evidence, and in this context, has the legal basis expressly set forth in Article 370, *caput*, of the Code of Civil Procedure.

KEYWORDS: Process. Litigants. Judge. Evidence. Onus. Real Truth.

INTRODUÇÃO

No processo judicial, a prova tem por escopo a busca da verdade real para o fim de fornecer ao juiz todos os meios legais e moralmente legítimos destinados ao embasamento de uma decisão justa e devidamente motivada.

A prova é um direito fundamental, conforme preleciona Humberto Theodoro Júnior: “O acesso à justiça, mediante um *processo justo*, é garantido por direito inserido entre os fundamentais catalogados pela Constituição. Entre os requisitos desse processo, figuram o contraditório e a ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV), que envolvem, sem dúvida, o *direito inafastável à prova necessária à solução justa do litígio*.” (grifo nosso) (THEODORO JR., 2015, p. 1262)

Além das partes, cabe ao juiz a busca das provas necessárias ao deslinde da demanda, portanto, poderá determinar a investigação da verdade real, já que a verdade formal diz respeito à forma apropriada da execução dos atos processuais.

Dispõe o artigo 370 do Código de Processo Civil: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”, assim, o juiz tem o poder-dever de decidir sobre a necessidade de produção de outras provas, além daquelas já produzidas pelas partes.

1 DEFINIÇÃO DE PROVA

Prova é o conjunto de meios legais e moralmente legítimos pelos quais os fatos são demonstrados ou negados no decorrer do processo judicial.

Para Michele Taruffo “o termo «*prova*» é aqui usado em um significado amplo, capaz de abrigar todo e qualquer gênero de dados cognoscitivos, de procedimento ou de meio que produz informações passíveis de utilização para a apuração da verdade dos fatos.” (TARUFFO, 2012, p. 164).

A prova demonstrará a veracidade, ou não, dos fatos narrados no processo judicial, sendo que nesse caso comprovará a verdade real.

A verdade formal, todavia, é definida como a forma pela qual os atos processuais são executados, tendo em vista uma previsão legal predeterminada.

Segundo Cassio Scarpinella Bueno, o artigo 369 do Código de Processo Civil “consagra, no plano infraconstitucional, o princípio da *atipicidade* da prova, de estatura constitucional (art. 5º, LVI, da CF), ao estatuir que “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste

Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.” (BUENO, 2015, p.311)

Portanto, o referido artigo possibilita a produção de provas típicas e atípicas, cujo objetivo é proporcionar a solução do litígio, porém buscando a solução mais próxima da verdade possível, demonstrando a existência de um caráter ideológico no Código de Processo Civil de 2015.

A convicção do juiz deve ser formada pelos meios ou instrumentos reconhecidos pelo direito como idôneos. Todavia, não é apenas do Código de Processo Civil a função de determinar quais são os elementos de prova, tendo em vista que o artigo 212 do Código Civil¹ especifica também a presunção como meio de prova, não se podendo olvidar ainda dos indícios.

A prova emprestada, outro meio do juiz obter subsídios para a sua convicção, admitida no artigo 372 do Código de Processo Civil², é aquela que foi produzida em outro processo e que é trasladada por meio de certidão para outro processo, no qual entra sob a forma documental. Qualquer tipo de prova pode ser admitido como prova emprestada, cuja finalidade é o aproveitamento de um ato processual anteriormente praticado, com base no princípio da economia processual, todavia, após ter sido submetida ao contraditório e com a devida valoração pelo juiz.

2 FINALIDADE E DESTINATÁRIOS DA PROVA

A prova tem como destinatários as partes, o juiz e a própria sociedade. O autor almeja provar o direito alegado na inicial, enquanto que o réu anseia a demonstração da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Com relação ao juiz, ator principal do litígio, já que será o sujeito responsável pela prolação da decisão, as provas irão promover o conhecimento dos fatos reais para que possa deliberar sobre a questão posta em juízo, com imparcialidade, fazendo a subsunção dos fatos à norma jurídica.

Ainda mais, o Estado democrático também faz parte do cenário jurídico do processo, pois os magistrados representam o interesse maior do Estado em prolar uma decisão justa e qualitativa para a solução de conflitos.

A prova tem o intuito de buscar da verdade real dos fatos, que é uma condição necessária para a justiça da decisão, assim, o artigo 378 do Código

1 Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:
[...]

IV - presunção;

2 Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

de Processo Civil dispõe que qualquer pessoa que tiver sob seus cuidados as provas necessárias ao convencimento do juiz, deverá disponibilizá-las.³

Conclui-se que o juiz não é o único destinatário da prova, tendo em vista que, no Estado Democrático de Direito, o processo ultrapassa a finalidade de formar a convicção do juiz, mas também almeja uma resposta pretendida pela sociedade, sendo que os agentes do processo judicial devem atuar de forma cooperativa.

3 O ÔNUS DA PROVA

O ônus da prova é uma opção do sujeito de efetuar determinados atos processuais para que não seja prejudicado, caso fique inerte, podendo recair sobre ele um prejuízo processual.

O artigo 373 do Código de Processo Civil⁴ normatiza a distribuição do ônus da prova, dispondo que ao autor recai o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito, enquanto que ao réu cabe a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O § 1º do referido artigo cria a possibilidade de “Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo, nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.”

Portanto, o juiz poderá inverter o ônus da prova, todavia, deverá ser por decisão fundamentada e possibilitando as condições para que a parte a que foi atribuído o encargo possa se desincumbir adequadamente da missão.

Além disso, de acordo com o § 2º do mesmo artigo, “A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.”

O § 3º do artigo 373 do Código de Processo Civil estipula as situações em que não poderá haver a inversão do ônus da prova:

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

3 Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

4 Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Com relação à inversão do ônus da prova, “o juiz que pretendesse exercitar seu pretense poder de intervir nos ônus probatórios deveria pelo menos indicar tal determinação às partes o quanto antes, de modo a consentir que essas pudessem predispor suas atividades defensivas e probatórias levando em conta a regra de juízo a ser adotada pelo juiz.” (TARUFFO, 2012, p. 270).

Por fim, o § 4º do mesmo artigo aponta a possibilidade de convenção entre as partes com relação ao ônus da prova antes ou durante o processo.

4 O JUIZ E A BUSCA DA VERDADE REAL

O juiz tem o poder-dever de adotar iniciativas probatórias, caso não tenha formado o seu convencimento, todavia, deve haver um equilíbrio entre atividade probatória das partes e aquela exercida pelo magistrado, pois não pode substituir os litigantes, desrespeitando o princípio isonômico.

O artigo 370, *caput*, do Código de Processo Civil⁵ estabelece que o juiz, de ofício, poderá determinar a produção de provas, portanto, tem permissão legal para buscar a verdade real dos fatos com o objetivo do deslinde do litígio.

Há ainda a possibilidade de que o juiz determine que um terceiro informe sobre fatos e circunstâncias de que tenha conhecimento, apresente coisa ou documento que esteja em seu poder, nos termos do artigo 380 do Código de Processo Civil⁶.

O juiz ainda poderá determinar, em caso de descumprimento, a imposição de multa ou outras medidas cabíveis, nos termos do parágrafo único do mesmo artigo.

O parágrafo único do artigo 400 do Código de Processo Civil dispõe que: “Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido.” Portanto, caso um sujeito esteja na posse de algum documento de que tenha conhecimento o magistrado, poderá adotar as medidas elencadas nesse dispositivo legal para a obtenção da prova.

Segundo essa premissa, “o juiz não deve se limitar a ocupar uma posição de terceiro e de equidistância em relação às partes, e tampouco

5 Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

6 Art. 380. Incumbe ao terceiro, em relação a qualquer causa:

I - informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento;

II - exibir coisa ou documento que esteja em seu poder.

Parágrafo único. Poderá o juiz, em caso de descumprimento, determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.

de indiferença em relação ao objeto da controvérsia: ele deve também orientar o próprio comportamento com o fim da apuração da verdade dos fatos com base nas provas.” (TARUFFO, 2012, p.144).

Não obstante, a prova produzida de ofício deverá ser submetida ao contraditório, tendo em vista que ambas as partes deverão ser intimadas para se manifestarem sobre o que foi obtido no teor da prova requerida pelo juiz.

Humberto Theodoro Júnior afirma que “O juiz deve contribuir na produção de provas em real igualdade com as partes, desde que preserve o *contraditório* e o *equilíbrio*, cautela que, assim, evita qualquer risco à sua imparcialidade.” (THEODORO JR., 2016, p. 1296)

Conforme preleciona Lenio Luiz Streck, com relação à produção de prova de ofício pelo juiz, trata-se de “responsabilidade política do juiz; o que é novo é que ele não é o protagonista do processo; o que é inovador é que houve opção legislativa por um novo paradigma de compreensão dos objetos e do mundo.” (STRECK, 2016, p. 113)

A passividade do juiz na instrução probatória pode prejudicar a busca da verdade real, pois se não forem trazidas aos autos as provas necessárias ao deslinde do litígio, o processo não terá o atributo indispensável de justiça da decisão.

O processo civil atual não privilegia o princípio dispositivo, ou seja, a verdade formal obtida com a atuação das partes, mas prestigia o princípio da verdade real, tanto com a atuação das partes como do próprio magistrado.

O ativismo judicial, exercendo os poderes instrutórios, não perde a imparcialidade, quando não visa ao favorecimento de uma das partes, mas simplesmente a busca de elementos relevantes e úteis para a apuração da verdade, portanto, o êxito de uma das partes decorre simplesmente da apuração da realidade dos fatos.

A extensão do poder instrutório do juiz diz respeito à determinação da produção de provas que considera relevantes para a apuração dos fatos, mas que as partes não requereram.

Caso os fatos alegados na inicial não sejam refutados pela parte contrária, não significa que sejam tidos como verdadeiros automaticamente, caso as provas obtidas no processo demonstrem que são falsos, já que a decisão judicial deve ser justa, e não pode considerar verdadeiros fatos que não foram provados, ou que ainda foram considerados falsos.

A atividade judicial em busca da verdade real favorece ainda a cooperação, a celeridade e a efetividade processual para que uma decisão justa e fundamentada seja proferida com imparcialidade.

Gustavo Gonçalves Gomes¹ afirma que:

Contudo, mais adequado seria considerarmos uma atuação mais proativa a até mesmo investigatória dos magistrados no âmbito do processo cognitivo, pois este tipo de iniciativa é coerente com o ideal de processo participativo e democrático, não se mostrando, de forma alguma, como afronta a outras garantias fundamentais do processo.

Quando o magistrado, todavia, verificar que os pedidos de provas pelas partes demonstrarem que são inúteis ou de caráter protelatório, deverá indeferir-los, porém deverá fazê-lo de forma fundamentada para que não haja a alegação de cerceamento de defesa, conforme disposto no parágrafo único do artigo 370 do Código de Processo Civil.⁷

No processo, um fato é considerado verdadeiro quando confirmado pelas provas, decorrendo dessa premissa que a decisão proferida pelo juiz, quando baseada na prova real é também definitivamente verdadeira e não poderá ser contestada pelas partes.

Segundo Michele Taruffo: “Muitas causas são vencidas ou perdidas nos fatos, dependendo de se o autor conseguiu ou não provar os fatos postos como fundamento de sua demanda; muitos *hard cases* são *hard* porque os fatos são complexos em demasia e difíceis de subsumir em clara regra de direito.” (TARUFFO, 2012, p.60)

A obrigação do juiz é perseguir a veracidade das versões apresentadas com relação aos fatos, atuando na condução da produção probatória, sem que implique em violação da imparcialidade. Caso o juiz não consiga obter a verdade real, deverá buscar a verdade possível.

Todavia, o juiz não pode perpetuar a busca da verdade real, sob pena de inutilizar o processo e de sonegar a prestação jurisdicional, devendo decidir de acordo com o seu convencimento, baseado nas provas que foram obtidas durante o desenrolar do processo.

Não apenas o juiz de primeiro grau é responsável pela produção probatória, mas também o magistrado em sede recursal poderá exercer o dever da atividade probatória, caso haja necessidade de produzir determinada prova que, todavia, não foi perpetrada pelo juiz de primeira instância.

Portanto, o tribunal, ao invés de anular a sentença e determinar o retorno dos autos à primeira instância, poderá exercer atividade probatória, conforme aponta o Artigo 932, I,⁸ e 938, §§§§ 1º, 2º, 3º e 4º do Código de Processo Civil⁹

7 Parágrafo único do artigo 370 do CPC. “O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

8 Art. 932. Incumbe ao relator:

I - dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes;

9 Art. 938. A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão.

5 FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO

Na concepção de Michele Taruffo: “O juiz que decide sobre os fatos é o último, definitivo e, portanto, mais importante narrador no âmbito do processo. Ao final do procedimento, ele se vê diante de diferentes histórias narradas pelas testemunhas e pelos advogados: geralmente essas histórias são em larga escala divergentes ou contrastantes.” (TARUFFO, 2012, p. 71)

O magistrado deverá fundamentar a decisão de forma a analisar todas as provas produzidas pelas partes e de ofício, aceitando-as ou rejeitando-as, mas nunca poderá deixar de considerar todas as provas produzidas e todos os fatos relevantes para o julgamento da demanda, sob pena de nulidade da decisão.

Nos termos do § 1º do artigo 489 do Código de Processo Civil:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

§ 1o Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes.

§ 2o Cumprida a diligência de que trata o § 1o, o relator, sempre que possível, prosseguirá no julgamento do recurso.

§ 3o Reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução.

§ 4o Quando não determinadas pelo relator, as providências indicadas nos §§ 1o e 3o poderão ser determinadas pelo órgão competente para julgamento do recurso.

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Rennan Faria Krüger Thamay e Marcelo Chiavassa de Mello Paula Lima² afirmam que:

Nesse contexto, com o olhar atento e direcionado à adequada solução do litígio em tempo razoável (art. 6º - *in fine* – do CPC/2015), o juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, indicando na decisão as razões da formação de seu convencimento, assim como preceitua o artigo 371 do CPC/2015.

O juiz deve ser imparcial na prolação da decisão, portanto, ao decidir, deve formar seu convencimento analisando as provas por meio de critérios lógicos e fundamentadamente, conforme o disposto no artigo 371 do Código de Processo Civil: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

6 CONCLUSÃO

O juiz tem o poder-dever de determinar a produção de todas as provas possíveis a fim de alcançar a verdade real, tendo como destinatários o autor, o réu, o juiz e o Estado Democrático, que tutela a prestação jurisdicional.

A verdade real, que demonstra os fatos com todos os seus desdobramentos, e a verdade formal, que é a maneira como tais fatos são comprovados no curso do processo determinados pela norma, dão o embasamento para que o magistrado possa proferir uma decisão justa e fundamentada.

Portanto, não apenas às partes compete a confirmação dos fatos, mas o juiz também deve rastrear provas para a comprovação da realidade ou falsidade dos fatos alegados pelas partes, a fim de fundamentar a sua decisão, para que seja justa e com embasamento suficiente para que possa ser mantida.

Na desincumbência desse mister, o juiz tem o poder-dever de determinar, de ofício, a produção de todas as provas legais e moralmente legítimas, tendo em vista o objetivo inafastável da produção da prova suficiente e necessária à solução justa do litígio.

Por fim, tem-se que caberá ao juiz conduzir a fase probatória com o único fim de obter a verdade real dos fatos, por meio do ativismo judicial que

lhe foi conferido legalmente pelo artigo 370, *caput*, do Código de Processo Civil, determinando a produção de provas, de ofício ou a requerimento das partes, a fim de que o processo seja democrático na elucidação da demanda.

REFERÊNCIAS

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. I, Forense Ltda, 2015.

TARUFFO, Michele. *Uma Simples Verdade – O Juiz e a Construção dos Fatos*. Tradução de Vitor de Paula Ramos, Madri, São Paulo: Marcial Pons, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Capítulo 5: As provas e o novo CPC: A Extinção do Livre Convencimento. In: DIDIER JR., Fredie. (coordenador), *Grandes Temas do Novo CPC - Direito Probatório*. v. 5, p. 113, Salvador, 2016.

GOMES, Gustavo Gonçalves. Capítulo 18: Os Deveres Instrutórios do Juiz no Novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie, (coordenador), *Grandes Temas do Novo CPC - Direito Probatório*. v. 5, p. 401, Salvador, 2016.

THAMAY, Rennan Faria Krüger; LIMA, Marcelo Chiavassa de Mello Paula. Capítulo 19: Primeiras Reflexões sobre a Atuação Ativa do Juiz no Direito Probatório. In: DIDIER JR., Fredie. (coordenador), *Grandes Temas do Novo CPC - Direito Probatório*. v. 5, p. 419, Salvador, 2016.

