

A produção de provas e a atuação do juiz

Ricardo Rodrigues Gama*

No que diz respeito à produção de provas, a atividade do juiz na direção do processo não pode ser ampliada ou restringida ao sabor do intérprete ou do legislador. A questão é muito complexa e merece ser analisada com profundidade os seus pormenores. Com isso, não é possível apresentar o nosso ponto de vista sem a sumária análise do sistema probatório nacional e suas tendências.

1. COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

A palavra *prova* pode designar os meios probatórios ou a ação probatória desenvolvida por quem alega ou contesta os fatos. A prova está ligada a busca da verdade, ela traz como amparar uma afirmação e convencer alguém de um acontecimento. Em realidade, estamos a tratar da prova judicial, ou seja, aquela produzida em juízo pelas partes para o convencimento do juiz. Assim, a prova judicial se faz por meios indicados pelas partes e permitidos pela lei, os quais visam o convencimento do juiz acerca da ocorrência ou não de determinados fatos.¹

A definição de prova não é estática, isso porque, as mudanças promovidas pela lei, pela jurisprudência e pela doutrina, refletem diretamente na sua frágil noção. Várias questões vão surgindo e, com isso, a definição de prova judicial passa a receber novos elementos. Com relação aos meios que servem a produção das provas, poderíamos dizer que se tem alargado o seu conceito por causa disso, passando ele a ser mais flexível. Diga-se o mesmo com relação a ação probatória, a qual não se limita somente à atividade das partes, cabendo ao juiz, em poucos casos, indicar as fontes e, em todos os casos, administrar a produção das provas.

No processo judicial, as provas são produzidas nos autos. Na prova testemunhal, por exemplo, com a participação das partes, o juiz vai inquirir a testemunha e fazer escrever o depoimento desta. Escrito, o depoimento vai ser incorporado aos autos. Com as demais provas a serem produzidas, o mesmo se dará. Ao sentenciar, o juiz só poderá considerar as provas que constarem dos autos do processo.

* Professor da Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiá-SP. Mestrando pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas-SP. Advogado.

1 Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, v. 4, p. 245-6; Moacyr Amaral Santos, Comentários ao Código de Processo Civil, v. 4, p. 2; Giuseppe Chiovenda, Instituições de Direito Processual Civil, v. 3, p. 92.

Admitindo-se que o juiz possa indicar alguma prova a ser produzida, a definição deve ser acrescida da participação do juiz indicador de fontes probatórias. Não vamos incluir já este novo elemento, sem antes fazer uma análise no nosso ordenamento jurídico e das novas tendências. Para evitar precipitações, uma avaliação mais profunda faz-se necessária.

2. LIMITAÇÕES DOS MEIOS DE PROVA

Os meios de prova podem ser entendidos como: a) atividades desenvolvidas ~~para produzir a prova;~~ b) fontes, ~~como sendo a prova a ser produzida~~ Os meios de prova são veículos que transportam as provas para o processo. Esses meios ou instrumentos não são todos enumerados pela lei, porque, pela variedade de fatos ocorriáveis, impossível seria a previsão de todos meios hábeis para reconstituí-los ou dar acesso à sua veracidade.

Desta maneira, a prova será oral ou escrita. Podendo ela ainda contar com o elemento circunstancial. Em linhas gerais, a prova oral subdivide-se em testemunhal e depoimento pessoal; a prova escrita toma a forma documental e pericial. Os elementos circunstanciais da prova correspondem às presunções e aos indícios.³ As presunções são conclusões tiradas pelo juiz no exercício de seu intelecto ou na observância de disposição legal. Noutra passo, os indícios são meios para se conhecer ou aprofundar o conhecimento de determinado fato. Os indícios são compostos por outros fatos e circunstâncias. Ao apreciar as provas, o magistrado pode deparar-se com presunções legais absolutas e relativas. Assim sendo, as presunções e os indícios não são meios de provas, e, ainda, as espécies de provas mais ocorrentes são tratadas pelo legislador, como o depoimento pessoal, a confissão, a exibição de documentos ou coisas, a inspeção judicial, as provas testemunhal e pericial.

A fotografia e a fita magnética também podem ser utilizadas como meios de prova. É bom que se diga que a escuta telefônica de terceiros é ilegal, não devendo ser admitida como espécime probatória. Nem em nome da verdade real esta prova pode ser admitida, aliás, conforme se verá a seguir, não deve nem mesmo ingressar nos autos.

Não são todos os meios de prova que podem ser utilizados pelas partes para provar o alegado. Pelo Código de Processo Civil, deve-se respeitar a lei e legitimidade moral.⁴ Com mais precisão, a Constituição Federal traz que *são inadmissí-*

2 Ovídio Baptista da Silva, Curso de Processo Civil, v. 1, p. 352-3; José Frederico Marques, Manual de Direito Processual Civil, v. 2, p. 177; Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, v. 4, p. 257; Lino Enrique Palacio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, p. 393; Giuseppe Chiofenda, Instituições de Direito Processual Civil, p. 95.

3 Roberto Barcellos de Magalhães, A Arte de Advogado no Cível à Luz do Novo Código de Processo, v. 2, p. 145; Arruda Alvim, Manual de Direito Processual Civil, v. 2, p. 465-70; Lino Enrique Palacio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, p. 393-4.

veis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.⁵ Na interpretação literal do dispositivo constitucional, vê-se claramente que a prova produzida por meios ilícitos não pode ir para os autos do processo. Barbosa Moreira⁶ acentua que o texto constitucional foi muito rígido e clama pela necessidade da imposição de limites a tal rigidez. A amenização da regra constitucional deve advir de emenda constitucional, a qual, se ocorrer, deve deixar clara a possibilidade da utilização das provas conseguidas por meios ilícitos. Como se encontra, em arremate, pode-se afirmar que as partes podem utilizar-se de todos os meios (lícitos) de provas admitidas em direito para atestar os fatos que alegam verdadeiros.

3. OBJETO DA PROVA

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, agora, o seu objeto é provar um fato ou um direito. Com mais freqüência, a prova tem como objeto um fato, pois, em geral, o direito deve ser conhecido por todos (pelo juiz).⁷

Em princípio, o direito deve ser conhecido do juiz, estando ele sempre ciente de sua existência, aplicação e vigência no caso que se apresenta. Contudo, o art. 337 dispõe que *a parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim determinar o juiz*. Como bem observa Pontes de Miranda, o direito não se alega, invoca-se.⁸ Assim, o direito invocado deve ser provado por que fez a invocação, não ficando a outra parte impedida de produzir a sua prova em sentido contrário. Como é o juiz quem exige o teor e a vigência do direito alegado, a parte pode perfeitamente aguardar tal decisão e, só depois, apresentar o dispositivo legal que invoca e provar a sua vigência. Ficou a cargo do juiz exigir o teor e a vigência por uma única razão, qual seja, ele pode conhecer do direito e dispensar a parte invocante de qualquer prova.

Os fatos a serem provados não são todos como se poderia pensar. Os fatos confessados, impertinentes, irrelevantes, incontroversos e notáveis, dispensam provas de sua existência. Ainda, devem ser acrescentados a esta listagem, os fatos cobertos pela presença de presunção de existência ou veracidade.⁹ Os fatos que não dizem respeito à causa são ditos impertinentes. Por serem confessados ou admitidos por ambas as partes, a comprovação dos fatos incontroversos não teria nenhuma utilidade. Os fatos notáveis são aqueles que, por serem conhecidos por

4 Conforme dispõe o art. 332 do Código de Processo Civil, *todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa*.

5 Inc. LVI, do art. 5º, da Constituição Federal.

6 José Carlos Barbosa Moreira, *Efetividade do Processo e Técnica Processual*, Repro 77/171.

7 Moacyr Amaral Santos, *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, v. 2, p. 334; Lino Enrique Palácio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, p. 393; Zótico Batista, *Código de Processo Civil Anotado e Comentado*, v. 1, p. 164-5.

8 Comentários ao Código de Processo Civil, v. 4, p. 283.

9 Edson Prata, *Meios de Prova*, in *Revista de Crítica Judiciária* 1/167.

todos, dispensa o uso do meio probatório para ser constatado. Cobertos pela presunção ou pela veracidade, os fatos independem de provas, pois o acesso a eles não apresenta nenhuma resistência, senão um exercício intelectual do juiz.

É claro que os pontos controvertidos devem ser constatados mediante o confronto da pretensão do pólo ativo e da resistência da parte contrária. Quando da realização da audiência, os pontos controvertidos já deveriam estar fixados pelo juiz por ocasião do despacho saneador.¹⁰ Acaso isso não ocorra, a fixação pode se dar no início da instrução, dando-se a oportunidade às partes para que elas se manifestem, o juiz fixa os pontos controvertidos.¹¹ Na prática, como sempre ocorre, o juiz não fixa os pontos controvertidos e isso não acarreta nenhuma invalidação.¹²

4. PRINCÍPIOS DO DIREITO PROBATÓRIO

Muitos são os princípios que informam a instrução probatória no processo. Dentre eles, podemos citar os princípios dispositivo, da verdade formal, da distribuição do ônus da prova, do livre convencimento do juiz.

Pelo princípio dispositivo, as partes devem indicar as provas, podendo o juiz implementar de ofício, a produção das provas que achar ser necessária. No caso das testemunhas, as pessoas mencionadas pelas partes ou pelas testemunhas já ouvidas podem ser intimadas por determinação do magistrado.¹³ Na inspeção judicial, o juiz pode inspecionar por sua própria determinação (de ofício).¹⁴ É o princípio da busca da verdade real que autoriza o juiz agir de ofício em determinadas situações previstas por lei, contudo, no processo civil, vigora o princípio da verdade formal, o qual não autoriza tal investida do juiz. Pela força do princípio da distribuição do ônus da prova, a indicação das provas, bem como os meios a serem utilizados deveriam ficar por conta somente das partes. Mas, como já vimos, a verdade real ameniza a tenacidade desses princípios que querem fazer do juiz um simples operador. Essa condição atribuída ao juiz não pode ter sustentação dentro da melhor doutrina, porque é para a decisão do magistrado que as provas são produzidas, é ele que deve ser convencido da verdade, enfim, ele é quem vai decidir, por isso, ele deve participar ativamente da produção das provas.¹⁵ No livre convencimento, o juiz vai valorar as provas conforme lhe pareça melhor, conforme a sua convicção. Ainda com relação ao livre convencimento, o magistrado não deve fundamentar o seu posicionamento diante dessa ou daquela prova produzida nos autos; acentue-se que a fundamentação é requisito da decisão e não da escolha e apreciação das provas.

10 § 2º, do art. 331, do Código de Processo Civil.

11 Art. 451, do Código de Processo Civil.

12 Fátima Nancy Andrighi e Sidnei Agostinho Beneti, *O Juiz na Audiência*, p. 23.

13 Art. 418, I, do Código de Processo Civil.

14 Art. 440, do Código de Processo Civil.

15 Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, v. 2, p. 507-8; Ernane Fidélis dos Santos, *Manual de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 374.

Pode parecer que existe conflito entre os princípios probatórios, contudo, uma análise bem detida vai revelar a sua completa harmonia. Em conclusão, se os princípios foram criados para nortear a produção de provas, eles não podem estar em contradição.

5. A BUSCA DAS PROVAS PELO JUIZ

No rigor do princípio da distribuição do ônus da prova, às partes cabe provar o alegado. Assim, as partes deveriam ficar encarregadas de produzir as provas que vão levar a verdade dos fatos.

Na sistemática do Código de Processo Civil, *o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito e, ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor*.¹⁶ Servindo como bloqueador, o princípio da imparcialidade do juiz limita a participação deste na indicação das provas a serem produzidas. O rigor da imparcialidade é superado quanto se tratar de matéria de ordem pública, na qual o juiz pode determinar a produção de prova ou a sua complementação.¹⁷

Mas o juiz, diante da possibilidade da insuficiência probatória, deve permanecer inerte? A verdade não pode ser atingida se as provas não são todas produzidas, ficando uma das partes injustiçada. Diante da insuficiência das provas produzidas, seja o direito de ordem pública ou não, ao juiz caberia complementar as provas, determinando a dilação probatória? Diante da questão proposta, existem aqueles que se mostram favoráveis à atuação do juiz, como Cappelletti, Bedaque, Echandía. Insista-se que o nosso sistema não admite a interferência aberta do juiz, não sendo possível que ele saia em busca das provas. Os posicionamentos dos referidos autores, os quais serão comentados a seguir, serve de incentivo à alteração da lei (já que ela não admite a busca de provas pelo juiz).

Antes de ingressar na resposta, é bom deixar claro que estamos tratando da atuação do juiz na fase probatória. Não se pode exigir que o juiz busque provas como imposição, pois, como são as partes que alegam, o juiz deve ter a faculdade de determinar a produção de provas *ex officio*. Em caso de proposta da alteração da lei, é bom afastar o equívoco da exigência no lugar da faculdade.

Em geral, o ônus da prova cabe a quem alega; poderíamos dizer que existe um ônus formal das provas, o qual é atribuído às partes.¹⁸ Nesse contexto, quando a obrigação de buscar a verdade ficar por conta do juiz, há o ônus da prova material.¹⁹

Cappelletti apresenta fortes argumentos em favor da ampliação dos poderes

16 Art. 333, incs. I e II, do Código de Processo Civil.

17 José de Albuquerque Rocha, *Teoria Geral do Processo*, p. 259; Ernane Fidélis dos Santos, *Manual de Direito Processual Civil*, v. 1, p. 374.

18 James Goldschmidt, *Derecho Procesal Civil*, p. 253.

19 Mauro Cappelletti, *La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*, p. 124-6.

do juiz. Depois de acentuar a direção material do processo nos países do *Common law*, ele analisa e critica o tratamento de sujeito processual. Em decorrência desse tratamento é que a disponibilidade das provas ganhou força e a imparcialidade do juiz passou a ser vista de forma bem acentuada. Com as mudanças, as partes deixariam de ser donas do processo e passariam a condição de colaboradoras. O tratamento das partes seria de uma igualdade material e não prejudiciaria a imparcialidade do juiz.²⁰

Com uma certa coerência, pregando a obrigação das partes e a faculdade do juiz em produzir as provas, encontra-se Santiago Melendo.²¹ Ainda, com a lição de Melendo, as partes têm direito de dispor das provas, isso porque elas são seus direitos disponíveis processuais. Até contra o disposto no art. 418 do nosso Código, Melendo se posiciona, entendendo que este dispositivo fere o direitos das partes.

No Brasil, José Roberto dos Santos Bedaque defende a autonomia da atividade instrutório do juiz, preconizando que o juiz deve ir à procura da verdade e tentar descobri-la²². Pela plena interferência do juiz, fazendo dele um procurador de provas, Bedaque acentua a natureza publica do direito processual²³.

Ao tratar monograficamente sobre o princípio dispositivo em direito probatório, Hélio Márcio Campo acusa as argumentações daqueles que clamam pela ampliação dos poderes do juiz na busca das provas, são elas: a) o processo não é coisa privada das partes e de seus advogados; b) o juiz não é um expectador no processo; c) pelo seu posicionamento, o juiz assume a função de árbitro privado, não promovendo uma justiça eqüânime, rápida, simples e equilibrada; d) a distância entre a verdade dos autos e dos fatos que se alega; e) a disposição não pode alcançar o processo, mas, sim o objeto dele; f) a desigualdade das partes é garantida pelo processo dispositivo²⁴.

6. CONCLUSÃO

Atribuir poderes ao juiz sem qualquer critério para avaliar antecipadamente as suas conseqüências, ao nosso ver, não é a melhor solução. É a cultura que deve determinar a intensidade das mudanças, isso para evitar uma generalizada confusão. As atribuições do juiz só iriam ganhar um *plus*, considerando que ele já possui muitos poderes.

As exclusões que fazem Cappelletti não são muito convincentes e podem causar um certo desconforto se tornar possível a procura das provas pelo juiz. A realidade brasileira, na qual existem muitos juízes despreparados, será que seria

20 Ibid., p. 122-7.

21 Santiago S. Melendo, *La Prueba*, p. 16-9.

22 José Roberto dos Santos Bedaque, *Poderes Instrutórios do Juiz*, p. 13-4.

23 Ibid., p. 10.

24 Hélio Márcio Campo, *O Princípio Dispositivo em Direito Probatório*, p. 166.

possível já vislumbrar a relação saudável entre o juiz e as partes, sem preferências e violação do princípio da imparcialidade?

As tormentas de uma reforma que atribuiria mais poderes ao juiz, se mal entendida pode resultar numa catástrofe. E os limites do juiz, quem poderia impor algo a ele? Ninguém, evidentemente. Poderíamos ter magistrados comparados aos deuses no olimpo (inatingíveis e irresponsáveis).

Por outro lado, argumentam que as decisões poderiam apresentar uma uniformidade maior da que temos hoje. Hodiernamente, duas pessoas podem ingressar em comarcas diferentes com os mesmos direitos e, por deficiência probatória, somente uma pode ter o seu direito reconhecido. O atual sistema é conhecido por todos, não produziu as provas não sai vencedor. Agora, como será o sistema inquisitorial a ser instalado? É difícil posicionar, pois, se ele não foi adotado neste ou naquele país, porque não analisar as suas vantagens e desvantagens.

No Brasil, como bem constatou Melendo, o magistrado tem um certo poder para procurar as provas. É o que dispõe o art. 418 do nosso Código. Trata-se de uma base amenizadora da imparcialidade do juiz, por meio da qual o juiz pode buscar as provas partindo de outras já existentes.

Apesar dos pontos positivos, para nós aparentemente positivos, somos contrários a ampliação desordenada dos poderes do juiz na produção de provas no processo judicial. Preferimos um sistema híbrido como o vigente entre nós.

Bibliografia

- ALVIM, Arruda. (1997) *Manual de Direito Processual Civil*, 6ª ed., São Paulo, RT.
- AMORIM, Edgar Carlos de. (1989) *O Juiz e a Aplicação das Leis*, Rio de Janeiro, Forens.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy, e BENETI, Sidnei Agostinho. (1997) *O Juiz na Audiência*, São Paulo, RT.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. (1998) *Aplicação do Direito e contexto Social*, 2ª ed., São Paulo, RT.
- BATISTA, Zótico. (1940) *Código de Processo Civil Anotado e Comentado*, Rio de Janeiro, Jacinto.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. (1991) *Poderes Instrutórios do Juiz*, São Paulo, RT.

- CAMPO, Hélio Márcio. (1994) *O Princípio Dispositivo em Direito Probatório*, Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- CAPPELLETTI, Mauro. (1972) *La oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil*, trad. Santiago S. Melendo, Buneos Aires, EVEA.
- CHIOVENDA, Giuseppe. (1965) *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo, Saraiva.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. (1996) *Teoria Geral do Processo*, 12ª ed., São Paulo, Malheiros.
- CIRIGLIANO, Raphael. (1981) *Prova Civil*, 2ª ed., São Paulo, RT.
- COSTA, Moacyr Lobo da. (1983) *Confissão e Reconhecimento do Pedido*, São Paulo, Saraiva.
- COUTURE, Eduardo J. (1995) *Introdução ao Estudo do Processo Civil*, trad. Mozart Victor Russomano, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. (1993) *A Instrumentalidade do Processo*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros.
- ECHANDÍA, Devis. (1984) *Teoria General del Proceso*, Buenos Aires, Editorial Universidad.
- GARCIA, Juvêncio Gomes. (1996) *Função Criadora do Juiz*, Brasília, Brasília Jurídica.
- GOLDSCHMIDT, James. (1936) *Derecho Procesal Civil*, trad. Leonardo Pietro Castro, Buenos Aires, Labor.
- GOZÁINI, Osvaldo Alfredo. (1996) *Teoria General del Derecho Procesal: Jurisdicción, Acción y Proceso*, Buenos Aires, Ediar.
- MACEDO, Maury R. de. (1981) *A Lei e o Arbítrio à Luz da Hermenêutica*, Rio de Janeiro, Forense.
- MAGALHÃES, Maria da Conceição Ferreira. (1989) *A Hermenêutica Jurídica*, Rio de Janeiro, Forense.

- MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. (1978) *A Arte de Advogar no Cível à Luz do Novo Código de Processo*, Rio de Janeiro, José Konfino.
- MARQUES, José Frederico. (1975) *Manual de Direito Processual Civil*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva.
- MELENDO, Santiago S. (1978) *La Prueba*, Buenos Aires, EVEA.
- MIRANDA, Pontes. (1996) *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense.
- PALACIO, Lino Enrique. (1996) *Manual de Derecho Procesal Civil*, 12ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- PODETTI, J. Ramiro. (1963) *Teoría y Técnica del Proceso Civil*, Buenos Aires, Ediar.
- PORTANOVA, Rui. (1997) *Princípios do Processo Civil*, Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- ROCHA, José de Albuquerque. (1996) *Teoria Geral do Processo*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. (1994) *Manual de Direito Processual Civil*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva.
- SANTOS, Moacyr Amaral. (1989) *Comentários ao Código de Processo Civil*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense, v. 4.
- SANTOS, Moacyr Amaral. (1998) *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 19ª ed., São Paulo, Saraiva.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. (1998) *Curso de Processo Civil*, 4ª ed., São Paulo, RT.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da, e GOMES, Fábio Luiz. (1997) *Teoria Geral do Processo Civil*, São Paulo, RT.

