

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PRO-REITORIA DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO
PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTU SENSU*
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL
LINHA DE PESQUISA: PROCEDIMENTALIZAÇÃO E
INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

A PRODUÇÃO DE PROVA DE OFÍCIO NA VARA CÍVEL DA COMARCA DE
IPOJUCA - ESTADO DE PERNAMBUCO

MÁRCIA FRANCISCA LIMA

ORIENTADOR: Prof. Dr. JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA

RECIFE/2009

MÁRCIA FRANCISCA LIMA

**A PRODUÇÃO DE PROVA DE OFÍCIO NA VARA CÍVEL DA COMARCA DE
IPOJUCA – ESTADO DE PERNAMBUCO**

Dissertação apresentada à banca examinadora da Universidade Católica de Pernambuco, como requisito para a obtenção do Título de Mestre em Direito, que teve como orientador o Prof. Dr. João Paulo Allain Teixeira.

Recife/2009

L732p

Lima, Márcia Francisca

A produção de prova de ofício na vara cível da comarca de Ipojuca - Estado de Pernambuco / Márcia Francisca Lima ; orientador João Paulo Allain Teixeira, 2009.

112 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas, 2009.

1. Prova (Direito). 2. Processo civil - Pernambuco. I. Título.

CDU 347.9(81)

Lima, Márcia Francisca.

A produção de prova de ofício na vara cível da comarca de Ipojuca – Estado de Pernambuco/Márcia Francisca Lima. Orientador João Paulo Allain Teixeira. Recife: a autora, 2009.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica de Pernambuco.

Pró-reitoria Acadêmica – Curso de Mestrado em Direito Processual, 2009.

1. Poderes probatórios; 2. Prova judicial; 3. Princípios constitucionais processuais. I Título.

MÁRCIA FRANCISCA LIMA

**A PRODUÇÃO DE PROVA DE OFÍCIO NA VARA CÍVEL DA COMARCA DE
IJOJUCA ESTADO DE PERNAMBUCO**

Dissertação aprovada como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito, pela Universidade Católica de Pernambuco, por comissão examinadora formada pelos seguintes professores:

Prof. Dr. JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA – ORIENTADOR – UNICAP

Prof. Dr. SÉRGIO TORRES TEIXEIRA – UNICAP

Prof. Dr. MARCELO LABANCA CORRÊA DE ARAUJO – AVALIADOR EXTERNO
UNICAP

RECIFE/2009

AGRADECIMENTOS

Nenhum trabalho desse porte é realizado por uma única pessoa. O nosso, especificamente, traz no seu DNA a participação de muitos indivíduos. Por isso, como será inevitável o lapso de não apontar a todos nesses agradecimentos, resolvemos dividi-lo na representatividade de algumas santidades que caminharam comigo nas três fases que o envolve, a saber: o começo, o meio e o fim.

Na primeira fase, sem a contribuição de Pedro (pai das minhas filhas), e Vânia (querida irmã), nem a inscrição na seleção do mestrado teria sido realizada. Sem eles não haveria sequer um começo (concepção) desse trabalho. Obrigada queridos!

Durante a caminhada que desenhou a segunda fase desse trabalho, é à SRG Advogados associados (Sales, Rodrigues e Guerra) que me inclino em reverência, sobretudo na pessoa de Luiz Ricardo e João André, advogados sérios e competentes, mas antes de tudo, seres humanos de qualidades inigualáveis, que integram as espécies em extinção nesse planeta. A vocês amigos, minha eterna gratidão. Sem vocês esse trabalho teria sido abortado.

E, ao final, lembrando-me que, naquilo que depende de nós, toda gestação pode gerar algo de uma grandeza gloriosa, eis que surge Valentina Maria ratificando o pré-núncio do seu nome, valente na concepção tão esperada por sua mãe, Tany Mara Monfredini. Foi esse rebento responsável por deixar quieta no Recife aquela que posso representar como as mãos santas estendidas à minha agonia visceral na conclusão desse trabalho. Obrigada Tany, por Valentina; obrigada Valentina, por Tany. Com vocês essa pesquisa ganhou vida.

E em todas as etapas desse trabalho acompanharam-me Cíntia e Marília, filhas queridas que desde tenra idade aprenderam a conviver com a ausência da mãe, mas que agora experimentaram falta ainda maior. E a meu querido Miguel, verdadeiro bálsamo nessa intensa caminhada.

Por fim, meus agradecimentos ao Professor João Paulo Allain Teixeira, que me encorajou a concluir esse trabalho quando isso parecia impossível. À CAPES, que possibilitou o acesso à essa formação tão valiosa. E a todos que fazem a tropa de elite da vara cível da comarca de Ipojuca-PE, pessoas e servidores públicos valiosos, cuja postura contribui como um diferencial para a efetividade do processo naquela unidade judiciária.

RESUMO

Essa pesquisa tem como objeto de estudo a identificação dos vetores utilizados na vara cível da comarca da cidade de Ipojuca – Estado de Pernambuco para aplicação dos poderes probatórios de ofício. Para atingir nosso objetivo, baseamos nosso *corpus* na palavra da juíza da vara cível da comarca de Ipojuca - PE, através de uma entrevista semi-estruturada, e em estudos de casos coletados de uma amostra dos processos da mesma vara e comarca, em que se configurasse a produção da prova de ofício (no total de 10 processos). E para a construção de nossos procedimentos de análise, valemo-nos dos fundamentos da teoria da prova, dos princípios constitucionais processuais, e das previsões infraconstitucionais acerca do tema. Também dá suporte a nossas análises o debate já estabelecido sobre o juiz e a prova, e sua postura mais ativa no comando do processo. Concluimos que, no caso estudado, a juíza da vara cível da comarca de Ipojuca atende a essas expectativas teóricas e as demandas da prática, se apresentando como uma julgadora ativa – que determina a produção de prova de ofício e entrega a prestação jurisdicional, esgotando a busca pela verdade possível ao entender que a aplicação da justiça vai além da aplicação dogmática da lei. Os vetores da postura ativa da juíza são os princípios constitucionais processuais da efetividade do processo e do livre convencimento do juiz.

Palavras chaves: Poderes probatórios; Prova judicial; Princípios constitucionais processuais.

SINTESI

Questa ricerca ha come oggetto di studio la identificazione dei vettori utilizzati na verga civile della circondario della città delle Ipojuca – Stato delle Pernambuco affine di applicazione dei poteri probatórios delle ufficio. Affine di attingere nostro obiettivo, basando nostro *corpus* la parola della giudicare del bastone civile di zona di unità tribunale, attraverso delle una intervista semistrutturati, e in studi del casi mostra del una mostra delle processi della medesima vara e comarca, in che si contituía la produzione della compito delle ufficio (no total de 10 processi). E affine di costruzione di nostros procedure di analisi, facciamo uso dei motivi della teoria di prova, dos principi costituzionali di procedurali, e della previsione che non è nella costituzione sul tema. Supporta anche la nostra analisi al dibattito già stabilito la corte e le prove, e il suo atteggiamento piú attivo nei respnsabile del processo. Possiamo concludere che, nel nostro caso, il giudice del tribunale civile della demografia della popolazione

della contea soddisfa tali aspettative teoriche e le esigenze della pratica, si presenta come uno dei giudici attivi – che determina la produzione di prova della lettera di consegna e l'assistenza giudiziaria, che riducono la ricerca della verità il più possibile per capire che l'applicazione della giustizia va oltre l'applicazione dogmatica del diritto.

Parole chiave: giudice di merito; le prove in grado; i principi costituzionali della procedura.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. OS CAMINHOS DA PESQUISA	12
1.1 Objeto da pesquisa	12
1.2 Objetivo Geral	12
1.3 Objetivos específicos	12
1.4 O local da pesquisa empírica	14
1.5 A entrevista	14
1.6 O acesso aos documentos (processos judiciais)	16
2. REFERENCIAL TEÓRICO	16
2.1 O processo judicial e a prova	16
2.2 Teoria geral da prova	18
2.2.1 A verdade no processo civil	18
2.2.2 Conceito, finalidade e objeto da prova	21
2.2.3 Distribuição do ônus das prova	25
2.2.4 As fases do procedimento probatório	26
2.3 Princípios constitucionais como vetores da produção de prova de ofício	29
2.3.1 Princípio da efetividade do processo	32
2.3.1.1 Eficácia, eficiência e efetividade do processo	38
2.3.2 Princípio da igualdade	41
2.3.3 O juiz e a prova	45
2.3.4 Princípio dispositivo	46
2.3.5 Princípio da imparcialidade	48
2.3.6 Princípio do livre convencimento do juiz	49
2.4 Poderes instrutórios do juiz	53
2.5 Previsão infraconstitucional dos poderes probatórios do juiz	54
2.6 Limitação aos poderes probatórios do juiz (determinação de ofício)	60
3. APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DE DADOS	62
3.1 Descrição da entrevista	62
3.2 Descrição dos documentos (processos)	63

3.3 Análise dos dados	63
4. CONCLUSÃO DOS DADOS	90
4.1 Considerações finais	94
5. REFERÊNCIAS	96
6. APÊNDICE	100

INTRODUÇÃO

O exercício do poder político do Estado no âmbito da jurisdição é exercido por meio do juiz, dentro do processo judicial. Cabe ao Direito Processual disciplinar essa tarefa por meio de princípios constitucionais e leis esparsas que reflitam os fundamentos e objetivos traçados na norma maior de um Estado, a saber, a Constituição Federal. Por isso, o processo judicial, como “instrumento através do qual a jurisdição opera” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2005, p. 275), se apresenta como instituto indispensável à função jurisdicional do Estado. Nessa condição, dele se espera que alcance os objetivos para o qual foi criado, dentre os quais, e o principal deles, a realização do direito material daquele que, tendo uma pretensão legítima resistida, recorra ao judiciário em busca da mão do Estado em sua tutela.

Entretanto, essa condição de instrumento condiciona o funcionamento do processo aquele a quem a ordem jurídica atribui poderes e deveres para dirigi-lo, a saber, o juiz. É desse órgão representante do Estado no dizer o direito às partes postulantes, o dever de conduzir o processo rumo ao alcance dos objetivos traçados pela Carta Política desse Estado representado. Para tanto, esse representado outorga-lhe poderes gerais e específicos, seja por meio dos princípios constitucionais, seja por leis esparsas.

Contudo, durante a vigência de um processo várias fases se apresentam, a saber, da propositura da ação com a petição inicial ao despacho citatório; do recebimento da defesa à fase instrutória; e desta à decisão final. É nesse percurso que pode ocorrer as mais diversas situações que cobram do magistrado uma solução, antes que ele decida o mérito da demanda. Nesse trabalho, procuramos nos centrar na fase intermediária (instrutória). É precipuamente nessa fase que o juiz exerce os poderes que a ordem jurídica brasileira lhe confere a fim de determinar a produção de provas sem que as partes processuais a requeiram.

Sendo tarefa do magistrado a busca pelos melhores resultados do processo judicial, cabe a ele, na condição de diretor desse instrumento, tomar as decisões que atinjam a esse fim. Para tanto, lhe é assegurado formar seu convencimento livremente, atento apenas a persuasão racional necessária à sua construção, o que significa delimitar seu campo de construção do seu convencimento ao conjunto probatório trazido aos autos.

Para que o órgão julgador possa aumentar seu “espaço” de convencimento é necessário que alargue o conjunto probatório, se assim sentir necessidade. Por isso, nesse trabalho buscamos identificar quais são os vetores que estimulam ou compelem um juiz a utilizar os poderes probatórios que estão a sua disposição e determinar que uma prova seja produzida de ofício. Com esse fim, traçamos os caminhos dessa pesquisa, que segue descrito no primeiro capítulo a seguir delineado.

1. OS CAMINHOS DA PESQUISA

1. 1 Objeto da pesquisa

Pesquisamos aqui a produção de prova de ofício. Para isso, recortamos o caso da vara cível da comarca de Ipojuca, valendo-nos mais especificamente de entrevista e análise documental. Fundamentamos nosso olhar na Teoria Geral da Prova e nas especificidades que dizem respeito a nosso objeto expressas nos princípios constitucionais e no Código de Processo Civil Brasileiro.

Nossa pesquisa se alinha, pois, com os requisitos da pesquisa qualitativa, apresenta caráter descritivo e, nos limites de nosso *corpus*, intenta formular hipóteses explicativas para compreensão do objeto em pauta. Pela sua natureza, não tem intenção de representar quantitativamente o universo ao qual pertence a população, nem mesmo generalizar os resultados.

1.2 Objetivo Geral

Durante o processo da pesquisa, intentamos somar dados para atingir o seguinte objetivo geral: identificar alguns critérios que mobilizam a produção da prova de ofício na vara cível da comarca de Ipojuca.

1.3 Objetivos específicos

Ao longo de nossa pesquisa, nossos passos perseguiram alguns objetivos específicos, a saber:

- Fundamentar os conceitos acerca da Teoria da Prova pertinentes à compreensão do tema;

- Situar a discussão sobre os princípios constitucionais que regem a produção de prova de ofício;
- Identificar os princípios constitucionais que regem os poderes probatórios do juiz;
- Identificar no Código de Processo Civil brasileiro (CPC) quais são os poderes disponibilizados para os juízes determinar produção de prova de ofício;
- Entrevistar o juiz titular da única vara cível da comarca de Ipojuca – Estado de Pernambuco;
- Selecionar processos que configurem episódios de produção de prova de ofício no contexto do caso estudado, e que apresentem objetos diversos, valores patrimoniais distintos, versem acerca de matéria vária, e cuja representação advocatícia também fosse variável.
- Relacionar os processos selecionados na amostra com os dados coletados na entrevista.

Atendendo a esses objetivos realizamos uma pesquisa bibliográfica e documental em duas fases: inicialmente, fizemos a revisão bibliográfica a fim de fundamentar teoricamente nossa pesquisa, nomeadamente no que se refere à teoria da prova; no momento seguinte, identificamos no CPC quais são os principais poderes que a legislação específica confere ao juiz para que ele determine a produção de prova de ofício; na terceira e última fase, fizemos uma pesquisa de campo entrevistando a juíza titular da única vara cível da comarca de Ipojuca-PE, e selecionando processos que configurassem episódios de produção de prova de ofício no contexto do caso estudado.

1.4 O Local da Pesquisa

A pesquisa de campo ocorreu na comarca de Ipojuca, no Estado de Pernambuco, no Fórum Aquino Cyrillo Wanderley, situado na Rua Cel. João de Souza Leão, s/nº, Centro, município de Ipojuca (doravante Fórum de Ipojuca). Inicialmente, optamos pelo fórum da capital, depois por um fórum da região metropolitana, mas, no decorrer da pesquisa (inclusive com as sugestões da banca prévia), evidenciamos que o recorte necessário (principalmente pelos investimentos de tempo e recursos) privilegiava um contexto como o da comarca de Ipojuca – pois, além de esse ser um lugar que freqüentamos regularmente no exercício da prática advocatícia, trata-se de um sistema menor do que os anteriores, composto por 03 (três) varas (unidades judiciais), que são distribuídas da seguinte forma: única vara cível; única vara criminal; única vara da fazenda e marítima. Outro fator determinante para a escolha daquela vara foram as condições de trabalho que encontramos junto à juíza titular da vara cível de Ipojuca e seus servidores, que mobilizaram esforços para conceder a entrevista e possibilitar o acesso e a análise dos processos que constituem os documentos de nosso *corpus*.

Dentre as varas existentes no Fórum de Ipojuca, cabe à cível o processamento das causas cujos objetos versem sobre direito civil, de sucessão, direito de família e relativos aos direitos de crianças e adolescentes. Optamos por essa vara porque uma intuição da prática jurídica sugere que nas demandas judiciais dessa natureza pode ocorrer a necessidade de uma maior produção de provas pelas partes.

1.5 A entrevista

Atendendo aos objetivos dessa pesquisa optamos por fazer uma entrevista semi-estruturada, que como instrumento de coleta de dados oferece ao

entrevistador e ao entrevistado a liberdade necessária para melhor expressar os questionamentos acerca do tema e suas respectivas respostas. Para tanto elaboramos as seguintes perguntas:

1. Como a Sra. entende o comando do artigo 130 do CPC no que se refere a determinação da prova de ofício?
2. A Sra. entende que deve julgar *contra legem* para atingir a justiça?
3. A Sra. entende que a aplicação dos poderes probatórios pode contribuir para a efetividade do processo?
4. A Sra. determina prova de ofício?
5. Como a Sra. vê a relação do seu livre convencimento e a produção de provas de ofício?
6. A Sra. entende que determinando essas provas de ofício pode ferir o princípio da imparcialidade?
7. Para a Sra. o objeto da prova é os fatos pretéritos ou os fatos alegados pelas partes?
8. Quanto ao princípio dispositivo, a Sra. entende que ele limita os poderes do juiz produzir provas?
9. Como a Sra. tem percebido a utilização dos poderes probatórios do juiz nessa comarca?
10. Com relação aos poderes probatórios do juiz, como a Sra. entende a aplicação deles para a garantia da ampla defesa?

Assim concebida, a entrevista ocorreu na sala de audiências, já que no fórum não há gabinete próprio para a juíza. Na ocasião, a entrevistada encarregou-se de garantir que ninguém nos interrompesse, permanecendo exclusivamente à nossa disposição por mais de quarenta minutos. Após a entrevista, focalizamos nossas ações na coleta de processos que configurassem episódios de produção de prova de ofício e partimos em busca da relação entre o dito e o feito no caso em estudo (a vara cível da comarca de Ipojuca).

1.6 O Acesso aos documentos (processos judiciais)

A escolha dos processos judiciais (os documentos analisados) estava limitada pela fase na qual deveriam se encontrar cada um deles; uma vez que, para analisar os critérios utilizados pelo juiz ao exercer seus poderes de produzir provas de ofício, seria indispensável que já houvesse sido exercido esse poder, tendo ou não sido prolatada a sentença.

A partir desse critério, e após realizada a entrevista, escolhemos dez processos que tivessem objetos diversos, valores patrimoniais distintos, versassem acerca de matéria vária, e cuja representação advocatícia também fosse variável. Um de nossos objetivos ao analisar esses documentos era investigar se a ocorrência de alguns desses fatores fundamentava a opção da juíza pela produção de prova de ofício. Além disso, objetivamos também relacionar os processos aos critérios enunciados pela juíza como determinantes para a produção da prova de ofício.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 O processo judicial e a prova

A existência da ordem jurídica se justifica para resolver os conflitos de interesses que inevitavelmente se estabelecem na sociedade. Para tanto, essa ordem cria normas gerais que apresentam coercividade moral e material, impondo aos detentores de interesses subordinados condutas a favor dos detentores de interesses prevalecentes. Quando a coação moral decorrente da simples existência da lei não é suficiente para resolver o conflito, se faz necessário o emprego da coação material, com a transposição do mandamento abstrato da norma para o plano concreto, por meio da sua aplicação ao caso conflituoso (CARNELUTTI, 2005).

O processo judicial é, então, o lugar onde a função jurisdicional é exercida e se desenvolve em concreto, solucionando os conflitos e submetendo as partes postulantes a uma decisão. Ele só existe para garantir a tutela de interesses concretos assegurados por todo sistema jurídico e nascidos do cotidiano e das relações jurídicas nela desenvolvida. Ele “é instrumento de atuação do direito nas situações litigiosas” (THEODORO JUNIOR, 1978, p. 40). Por isso, a matéria-prima do processo por excelência é o direito subjetivo, que consiste na concretização, realização do direito material.

Quando as partes recorrem ao judiciário, fazendo uso do processo e pretendendo uma tutela jurisdicional, podem fundamentar seus pedidos em afirmações a respeito de matérias que envolvem questões de direito, questões de fatos, ou ambas. A primeira, também chamada de ordem jurídica, que consiste em o pedido que a parte formula na ação ou na defesa estar fundamentado apenas na existência de determinada norma jurídica. É o que ocorre quando a parte pleiteia o cumprimento de cláusula contratual. Exceto se a norma a ser aplicada for municipal, estadual, estrangeira ou consuetudinária, casos em que a lei exige a comprovação pelas partes da sua vigência (CPC, art. 337). A segunda, contrariamente, envolve questões fáticas, e embora o direito pleiteado esteja legalmente assegurado, houve um ou vários acontecimentos que violaram o direito protegido pela norma e, portanto, é assegurado ao seu titular o direito de exigir sua reparação ou seu cumprimento. Quando isso ocorre, é imprescindível a comprovação do fato alegado que deu causa a lesão ou ameaça de lesão do direito¹, para que o órgão julgador decida a quem pertence o direito digladiado em juízo.

Nesse sentido, embora a complexidade do direito e do próprio caso concreto levado a juízo possa não aconselhar a crença de utilização estanque e isolada dos

¹A Constituição Federal promulgada em 05 de outubro de 1988 prevê a proteção preventiva do direito ao estabelecer no artigo 5º, inciso XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

fundamentos² de fato e/ou de direito, a atividade jurisdicional atinge perspectivas diferenciadas num e noutra³. Isso porque, os meios que o juiz utiliza para conhecer as questões ditas de direito não cobram tanta complexidade quanto nas questões de fato. Sendo, portanto, menos relevante nesses casos, identificar se o juiz obteve o conhecimento da existência da norma por meio dos elementos oferecidos pelas partes, ou se o retirou da sua formação – investigação pessoal⁴.

Porém, se a questão a ser decidida em juízo se tratar de matéria fática e, sendo alegada por uma das partes, for negada pela outra, tornando-se controvertida, o juiz estará diante de duas narrativas diversas, do autor e do réu, e por isso precisará saber, tanto quanto possível, como os fatos ocorreram. Porém, ele não poderá investigar a verdade a partir dos fatos, que são pretéritos e compõem acontecimentos já ocorridos, mas deverá perseguir a verdade por meio das versões trazidas pelas partes.

Diante disso, o papel da prova no processo judicial é fundamental na reconstrução dos fatos alegados pelas partes. Como essa reconstrução dos fatos narrados ao juiz é realizada dentro do processo, por meio de atos processuais, especificamente a prova, esse trabalho nos cobra agora a inserção na teoria geral da prova, que será o tema abordado no próximo capítulo.

2.2 Teoria geral da prova

2.2.1 A verdade no processo civil

²ZANETI, Hermes Júnior. Defende a superação do raciocínio simplista, silogista e dicotômico sobre o tema, que retira do juiz o poder de criação da norma, asseverando: “Se o fato não pode ser percebido dentro do processo sem as suas implicações jurídicas, também ele reverte sobre o direito uma eficácia modificadora”.

⁴“Isso não exclui, por outro lado, a possibilidade de que o juiz não consiga, através de seus meios, adquirir o conhecimento da norma jurídica a aplicar e que tente obter esse conhecimento por procedimentos análogos aos que lhe servem para estabelecer a posição da situação de fato” (CARNELUTTI, 2005, p. 32).

A doutrina processual moderna atribui diferentes graus de certeza a verdade dos fatos trazidos pelas partes no processo civil⁵. Denominando de verossimilhança a primeira construção elaborada pelo julgador acerca do juízo de veracidade desses fatos – antes mesmo de qualquer atividade instrutória (ser ouvida a outra parte). A verossimilhança decorre do confronto entre as alegações de fato tecidas pelas partes e a apreciação prévia e superficial feita pelo juiz, que deverá fundamentar essa construção de sua concepção de existência desse estágio de certeza, conforme magistério de Marinoni (2005).

Esse estágio inicial de certeza é admitido no sistema jurídico-processual brasileiro para formação do juízo do julgador quando a tutela pretendida é de urgência. Isso ocorre quando o direito material objeto da demanda exige uma intervenção imediata do Estado para garantir a efetividade do processo com a realização da entrega da prestação jurisdicional⁶. Nessa situação, se o juiz instrísse o processo determinando que tanto a parte autora quanto a ré - depois de citada, apresentassem as provas que pretendem produzir, poderia aumentar o grau de certeza rumo a verdade que busca, mas também poderia se aproximar da prolação de uma decisão inútil em razão do perecimento do direito que não poderia esperar. No estágio seguinte de certeza está a probabilidade, que já exige a existência de alguma prova, ainda que frágil, mas suficiente para contribuir com a formação do juízo .

Diferente do Direito Processual Penal, que há muito consagrou o princípio da verdade real, no Direito Processual Civil firmou-se o entendimento de que o juiz e as partes deveriam se contentar com a verdade processual, ou formal.

O juiz não se preocupava em pesquisar a verdade propriamente dita, mas apenas em apurar qual o litigante que conseguiria se sair melhor nos complicados jogos processuais. O resultado era o estabelecimento de uma verdade puramente formal (THEODORO JÚNIOR, 2004, p.13).

⁶ É o que ocorre nos pedidos de liminar ou antecipação de tutela para realização de cirurgias de urgências que os planos de saúde deixam de autorizar.

A verdade formal, portanto, é aquela construída a partir das provas produzidas no processo pelas partes, de forma que, não obstante os fatos apontem para uma direção oposta àquela indicada pelo conjunto probatório, a verdade prevalente será a do conjunto das provas, ainda que seja incapaz de formar a convicção íntima do juiz. Quando isso ocorre, se constrói uma disparidade entre aquilo que o juiz vê nos autos e o que ele sente sobre os fatos já ocorridos. É seu livre convencimento que é ameaçado.

Em razão de uma nova configuração do processo judicial, cujo conceito privatista impresso pelo direito romano deu lugar ao conceito publicista, no século XIX, a função da jurisdição passa a “desempenhar relevante missão de ordem pública na pacificação social sob o império da lei” (THEODORO JÚNIOR, 2004). Nesse moderno modelo de processo a lide e seu resultado não importam apenas às partes, mas também ao juiz (Estado), e à própria sociedade. Por isso, se as provas produzidas não forem suficientes para convencer o juiz do ocorrido, não houve provas. “O ideal do direito é a busca e o encontro da verdade real” (NERY JUNIOR, 2002, p. 693).

A partir daí, sucedendo a verdade formal, ganha força a verdade real ou material, denominada ainda de substancial. Assim considerada como aquela capaz de se aproximar o máximo possível da verdade dos fatos – em termos processuais civis, alegados pela acusação e defesa. E embora se considere que o juiz não lida com fatos, mas com as versões trazidas pelas partes acerca dos fatos já ocorridos, essa constatação, porém, não deve ser suficiente para afastar do magistrado o dever de buscar a verdade real no processo civil, pois caberá ao julgador aplicar a norma idealizada pelo legislador ao caso concreto, e para isso dependerá do conhecimento que tem dos fatos ocorridos na realidade. Por isso, mesmo diante da impossibilidade de reconstrução fidedigna desses fatos pretéritos, pois “não se pode voltar no tempo, assim é que a verdade real é meta um tanto quanto inatingível” (DIDIER JÚNIOR, 2004, p. 392), o compromisso com a ampla busca da verdade real deve ser o guia capaz de fazer superar “as deficiências do sistema procedimental” (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 231).

A verdade real goza hoje de uma importância tão significativa no processo judicial civil que seria natural elegê-lo como um dos princípios essenciais da ciência processual, defendem Marinoni, Arenhart (2004). Por isso o julgador tem o dever de perseguir a verdade dos fatos em busca da decisão mais acertada para a questão conflituosa. Daí porque, se atingir a verdade real no processo é algo utópico, o juiz deve buscar, até o limite do possível, aquela que mais se aproxime da realidade⁷.

Também o juiz, no processo (de conhecimento), tem por função precípua a reconstrução dos fatos a ele narrados, aplicando sobre estes a regra jurídica abstrata contemplada pelo ordenamento positivo; feito esse juízo de concreção da regra aos fatos, extrai-se a consequência aplicável ao conflito, disciplinando-o na forma preconizada pelo legislador (MARINONI, 2004).

Nesse sentido, Fredy Didier alerta que a busca pela verdade real pode levar o processo a se distanciar mais e mais do seu fim tão almejado: a entrega da tutela jurídica devida pelo Estado às partes litigantes. Pois se por um lado o juiz está obrigado a julgar e entregar uma prestação jurídica efetiva, por outro ele não deve perpetuar o processo *ad infinitum* em busca de algo que pode se mostrar inatingível.

2.2.2 Conceito, finalidade e objeto da prova

De origem latina, o termo 'prova', do verbo *probatio*, significa 'ensaio', 'verificação', 'inspeção', 'exame', 'argumento', 'razão', 'confirmação' e 'aprovação', enfim, "tudo que nos pode convencer de um fato, das qualidades boas ou más de uma coisa, da exatidão de alguma coisa" (SANTOS, 1916).

No senso comum, o vocábulo 'prova' pode ser algo que se utiliza quando se pretende provar a veracidade de uma proposição que foi afirmada, ou pode ainda

⁷ Carnelutti é contrário a essa idéia, defendendo que a verdade que se obtém com os meios legais so pode ser a formal. A prova civil, 1916 – 2004, p. 73.

designar o procedimento utilizado para se chegar à prova pretendia, é o que explica Carnelutti (2004).

A prova remete, naturalmente, à descoberta de algo que se buscava desvendar, não apenas no processo, mas em todas as ciências, se traduz na racionalização da descoberta da verdade.

Realmente, a definição clássica de prova liga-se diretamente àquilo que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa; demonstração evidente. Tem-se (ou tinha-se) essa idéia para a ampla maioria das ciências, e a ciência processual clássica não foge à regra (MARINONI, 2004, p. 296).

O vocábulo 'prova' no processo judicial tem várias acepções: objetivamente é considerado como meio ou instrumento que serve para fornecer ao juiz conhecimento acerca da verdade dos fatos; no sentido subjetivo é a convicção que é formada no íntimo do julgador. Por isso, com tantas acepções possíveis, 'prova' enquanto palavra pode ser considerada um termo com muitos significados.

Juridicamente, o vocábulo 'prova' é plurissignificante, já que pode ser referido a mais de um sentido, aludindo-se ao fato representado, à atividade probatória, ao meio ou fonte de prova, ao procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda, ao resultado do procedimento, isto é, à representação que dele deriva (mais especificamente, à convicção do juiz (DIDIER 2006, p. 391).

O que é perfeitamente compreensível, haja vista que o termo prova remete à idéia de alcançar a verdade de algo contraposto ou negado por outrem; tanto que sua definição no dicionário é disposta como "que atesta a veracidade ou a autenticidade de alguma coisa; demonstração evidente" (FERREIRA, 1999, p. 1.656). Por isso, ao produzirem suas provas, as partes se pautam nessa idéia de demonstração da verdade dos fatos que alegaram. Assim, 'prova judicial' caracteriza-se como um "instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos" (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2005, p. 357).

A doutrina se divide em duas correntes para explicar qual seria o objeto da prova no processo civil: A primeira defende que são os fatos que deram origem a lesão ou ameaça de lesão ao direito material cuja reparação ou prevenção se postula em juízo.

Pela prova, procura-se averiguar a verdade dos fatos alegados pelos litigantes. A decisão, ou julgamento, assenta-se na prova dos fatos, na apuração dos fatos. Ressalte-se, desde logo, sem a necessidade de maiores esclarecimentos, que o objeto da prova é os fatos sobre os quais versa a ação e devem ser verificados. (SANTOS, 1952, p.16).

A segunda corrente, contrária a essa posição, entende que o objeto da prova não são os fatos propriamente, mas as afirmações feitas pelas partes sobre os fatos anteriormente ocorridos.

O que se prova são as afirmações de fato. O fato não pode ser qualificado de 'certo', 'indivíduo' ou 'verdadeiro'; o fato apenas existe ou não existe. Como o direito existe independentemente do processo, este serve apenas para declarar que o direito afirmado existe; isto é, prova-se a afirmação de fato, para que se declare que o direito afirmado existe. Acentue-se que a sentença de cognição exauriente limita-se a declarar a verdade de um enunciado, ou seja, que a afirmação de que o direito existe é, de acordo com as provas produzidas e o juízo de compreensão do juiz, verdadeira; em outras palavras, o direito que o processo afirma existir pode, no plano substancial, não existir e vice-versa. Não se prova que o direito existe, mas sim que a afirmação de que o direito existe é verdadeira, declarando-se a existência do direito (coisa julgada material) (MARINONI, 1994, p. 21).

Identificar se o objeto da prova reside nos fatos ou nas suas alegações significa assumir a fragilidade do órgão julgador, como sujeito cognoscente, diante dos fatos que já ocorreram e que trazem grande complexidade semântica, mas que foram tendenciosamente reduzidas nas afirmações das partes, conforme Leonardo (2004).

O citado autor adverte que essa divisão é necessária, mas se trata de uma redução de complexidade e possui um preço: “a dupla contingência ou a inconfiabilidade da relação entre os fatos expostos no processo e a inesgotável realidade fenomênica” (p.23).

Não se pode desconsiderar que a prova se dá no contexto jurídico, e por isso não se busca o fato em si, mas o fato como algo que seja relevante para a incidência da norma que definirá uma situação jurídica. Mesmo porque, sua carga de subjetividade que é inerente aos seres humanos envolvidos na relação processual.

Mesmo para o juiz mais escrupuloso e atento vale o fatal limite da relatividade que é próprio à natureza humana: aquilo que se vê é tão somente aquilo que se pode ver. Não verdade, mas verossimilhança: isto é, aparência que pode ser também ilusão de verdade (CALAMANDREI, 1955, *apud* LEONARDO p.24).

Para a delimitação do objeto da prova é relevante que se considere dois aspectos que integram sua formação: objetivo; quando entendida como o conjunto de meios destinados a existência dos fatos alegados pelas partes; subjetivo - quando se refere à formação da convicção do juiz. Esses aspectos objetivo e subjetivo da prova não se excluem, mas se completam, e a opção por um em detrimento do outro por ocasião da conceituação da prova gera grande confusão entre seu objeto e sua necessidade.

A fim de que a prova produzida no processo seja eficaz realize seus melhores efeitos, inclusive não se constituindo num meio de eternizar o processo, se faz necessário definir com exatidão o seu objeto. Essa delimitação se mostra indispensável para direcionar a instrução processual e definir o que as partes deverão provar. Pois sem ela, no intento de atrair a vitória do litígio para si, cada uma das partes estará livre para apresentar provas de forma aleatória, cujo benefício para os esclarecimentos que a lide pede somente se saberá quando produzidas.⁸

O primeiro passo para a definição do objeto da prova é identificar as afirmações controversas, que serão delimitadas entre a petição inicial do autor e a contestação do réu, pois nem todas as afirmações feitas pelas partes no processo

⁸ O Código de Processo Civil atribui ao juiz o poder dever de determinar que as partes fundamentem a necessidade da produção da prova, mas se tal procedimento for realizado a cada novo requerimento de produção de prova, o princípio da economia processual seria negligenciado.

podem ser consideradas objeto de prova. A legislação processual não é explícita quanto à forma da delimitação dos fatos, que se infere de um raciocínio por exclusão, contrário senso do artigo 334 do código de processo civil brasileiro, que determina expressamente: “I - notórios; II – os afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; e, III – os fatos em cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade⁹”. Uma vez afirmados por uma das partes, esses fatos não cobram sua comprovação no processo. Porém, se o fato alegado por uma das partes não se inserir nesse rol e for impugnado pela outra parte, sua comprovação se impõe, e a prova será seu meio.

A própria dialética processual funciona a partir das controvérsias decorrentes de afirmações de uma parte que são negadas pela outra e movimentam a máquina processual até que se chegue a uma decisão. A discussão é movimentada pela controvérsia, deixando esta de existir, também perde o sentido a discussão em juízo¹⁰.

Dessa forma, o objeto da prova será sempre o fato *probando*, aquele que se quer provar, mas não é qualquer fato que pode ser objeto da prova, ele deve ser controvertido, relevante e determinado, especificado em relação ao tempo e espaço. Ficam excluídos por imposição legal os fatos notórios, os estranhos à causa, os irrelevantes, incontroversos e os admitidos pela parte, conforme Cintra, Grinover e Dinamarco (2005).

2.2.3 Distribuição do ônus da prova

¹⁰ O silêncio da parte contrária acerca de um fato afirmado pela outra também o torna incontroverso, eis que ausente de defesa, e por isso, em regra, não carece de comprovação. Decisão da lavra do juiz Antonio Marcato, do Tribunal de alçada civil de São Paulo evidencia essa hipótese: “Em síntese, os fatos alegados por uma das partes e não impugnados pela outra não se transformam, por si só, por um passe de mágica, em fatos verdadeiros, reais, legítimos; podem ser irreais, falsos ou ilegítimos, mas a incontrovérsia em torno deles torna dispensável, em princípio, a produção de qualquer prova, mercê da inexistência de questão fática que a exija”.

O sistema jurídico-processual brasileiro estabelece expressamente a distribuição do encargo do ônus da prova. Incumbindo ao autor esse ônus no que refere ao fato constitutivo do direito que pleiteia em juízo, e ao réu, quando da existência de um fato que impeça, modifique, ou extinga o direito do autor¹¹, (CPC, art. 333). Isso porque esses fatos jurídicos são classificados em constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos de um direito legalmente¹² assegurado. Os fatos constitutivos são aqueles que dão vida à previsão legal; são circunstâncias que uma vez ocorridas concretizam o direito objetivo já previsto¹³. Mas para que essas circunstâncias produzam os efeitos que lhes são próprios, se faz necessário ainda que haja a ocorrência de outras circunstâncias, sem as quais as constitutivas ficam impedidas de produzir seus efeitos.

2.2.4 As fases do procedimento probatório

O Juiz deve estar convencido da verdade dos fatos ao prolatar a sentença e validar ou invalidar o direito postulado pelas partes – que se constituem da pretensão do autor e dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos alegados pelo réu. A necessidade da produção da prova surge para as partes a fim de convencer o juiz de que sua versão é a verdadeira, e deve por ele ser validada pela incidência da norma jurídica. Como o processo é constituído de uma série de atos praticados pelos atores nele envolvidos, em diferentes fases, o procedimento probatório também se realiza dessa forma, e se divide em quatro fases distintas e consecutivas, conforme Marinoni (2004), são eles: a) proposição ou requerimento da prova; b) admissão da prova; c) produção da prova e d) valoração da prova. Essas fases serão discutidas abaixo.

¹¹ Esses fatos são denominados de jurídicos, porque deles derivam o direito já assegurado pelo sistema jurídico ao qual estão submetidos seus titulares. Deles se distinguem dos fatos simples, porque só tem importância para o direito se puder servir de prova à existência daqueles.

¹² Aqui o termo “legalmente” é utilizado em seu sentido amplo, significando direito assegurado por qualquer norma jurídica disposta no direito positivo ou mesmo costumeiro de uma sociedade.

¹³ A exemplo cita-se a compra e venda de bem móvel. Quando duas ou mais pessoas resolvem comprar e vender um determinado bem móvel fazem nascer a obrigação de entregar e pagar o bem alienado, respectivamente; bem como criam os direitos de receber os valores acertados e receber o bem objeto da avença.

Proposição ou Requerimento da Prova – Nosso sistema determina que as partes requeiram a produção de provas ao magistrado, que tem o poder de decidir se a parte terá ou não a oportunidade para produzi-la. Esse requerimento normalmente deve ser feito por ocasião da primeira oportunidade de postulação, a saber: a) do autor – na peça processual denominada exordial ou inicial; b) do réu – na sua defesa ou contestação. Como nos artigos do CPC transcritos a seguir:

Art. 282. A petição inicial indicará: [...] VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

Art. 300. Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir (sem grifos no original).

Entretanto, em razão da natureza dialética do processo, pode ocorrer de se fazer necessário que essa fase tenha que ser realizada no curso do processo, após esses momentos. É o que ocorre quando, embora o réu deixe de apresentar sua defesa e reste revel e os efeitos da revelia não sejam suficientes para condená-lo, a lei estabelece que o autor especifique quais são as provas que ele pretende produzir. “Se o réu não contestar a ação, o juiz, verificando que não ocorreu o efeito da revelia, mandará que o autor especifique as provas que pretenda produzir na audiência” (CPC, art. 324).

Há ainda casos em que o requerimento de produção de provas ocorre antes da instauração do processo, por meio de ação cautelar, que visa a evitar que a prova pereça de alguma forma, em razão de alguma ameaça que recaia sobre a prova adequada. Como ocorre com o interrogatório das partes e inquirição de testemunhas, quando estas tiverem que se ausentarem; “por motivo de idade ou de moléstia grave, houver justo receio de que ao tempo da prova já não exista, ou esteja impossibilitada de depor” (CPC, art. 847). Também quando se tratar de exame pericial, que se utiliza geralmente de algum objeto para identificar a veracidade dos fatos alegados, e este correr risco de perecimento. (CPC, art. 849).

Nesses casos, tendo em vista que a regra dá lugar a procedimento diferenciado, a lei impõe que o requerente justifique sucintamente a necessidade

da antecipação da prova e mencione precisamente quais são os fatos em que há de recair a prova. (CPC, art. 848). Sem esses requisitos, a regra de requerimento da produção de prova na petição inicial ou na defesa se impõe.

Admissão da Prova – Uma vez requerida a produção de prova, passa-se a segunda fase do procedimento probatório, no qual cabe ao magistrado decidir acerca do cabimento e conveniência da realização da prova, segundo Marinoni (2004). Aqui, o juiz leva em consideração se a prova, cuja produção fora requerida se apresenta adequada, útil e suficiente para reconstruir os fatos pretéritos alegados pela parte, a fim de esclarecer as controvérsias surgidas no processo. Daí porque, se cabe ao juiz decidir sobre essa produção, cabe às partes convencê-lo da sua necessidade para construir seu convencimento, e de um futuro novo julgador que poderá revisar seu julgamento, em observância ao duplo grau de jurisdição, formulando seu pedido de forma clara, precisa e objetiva.

Entretanto, uma vez que as partes podem utilizar o processo para prorrogar o cumprimento de uma obrigação que já sabe ser devida, pode requerer a produção de determinadas provas com o fim escuso de prolongar a duração do processo. Por isso, o juiz, na condição de diretor do processo pode indeferir essas provas, e para tanto tem que fundamentar sua decisão, esclarecendo os motivos que o levaram a negar sua produção, sob pena de ser acusado de negar o exercício do direito constitucional a ampla defesa, e conseqüentemente ao acesso à justiça.

Produção da Prova - Depois de requerida pela parte e admitida pelo órgão julgador, a prova deve ser produzida. Essa produção se define como o direito que a parte tem de trazer aos autos uma determinada prova que sempre se vincula a um determinado fato. Esse momento se dá na audiência de instrução e julgamento, “salvo disposição especial em contrário, as provas devem ser produzidas em audiência” (CPC, art. 336). Mas também para essa regra a própria lei prevê exceção.

É o que ocorre quando a parte designada à prestar depoimento se encontra enferma e impossibilitada de comparecer ao Fórum, embora possa prestar

depoimento. A fim de sanar o obstáculo, o magistrado deve designar local, dia e hora para ouvi-la, sempre considerando as limitações do depoente. Essa mesma regra de deslocamento também se aplica nos casos em que o depoente se trate de autoridade que, em razão do seu cargo, goza do privilégio de ser ouvida na sua própria residência ou no local onde exerce suas atividades laborais.

Ainda foge à regra de produção em audiência a prova documental, cuja regra impõe sua produção por ocasião da propositura da ação ou defesa, mas que, havendo fato novo e após ouvida a outra parte o juiz se manifestará acerca da sua admissibilidade (CPC, artigo 398).

Valoração da Prova – Enquanto a primeira e a terceira fases do procedimento probatório cabem às partes, a segunda e a quarta pertencem ao juiz. Assim como cabe a ele decidir, sempre fundamentando, se aceita ou rejeita o requerimento de produção de determinada prova, também lhe cabe valorar essa prova. Essa valoração é realizada geralmente na sentença, na decisão interlocutória que concede uma liminar, ou ainda na que antecipa os efeitos da tutela pretendida pela parte.

Uma vez que no Brasil adotou-se o princípio do livre convencimento e da persuasão racional do juiz, as provas não têm valor predeterminado, cabe a ele valorar mais ou menos uma prova. Tanto que não está adstrito nem mesmo ao laudo pericial, que se trata de opinião técnica acerca de algum fato. É nisso exatamente que consiste o convencimento íntimo do magistrado.

2.3 Princípios constitucionais como vetores da produção de prova de ofício

Todo ordenamento jurídico possui princípios que são proposições genéricas informadores de uma ciência. Sua base valorativa. São ordens de otimização;

normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro do contexto jurídico e real existentes. Daí porque o seu descumprimento é muito mais grave do que o descumprimento de uma lei, pois na qualidade de regente de todo ordenamento jurídico e das ações de qualquer função do Estado, descredencia todo o sistema repercutindo para além da relação jurídica que o desrespeitou, atingindo toda coletividade.

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo (MELLO, 1981, p. 230).

Dessa forma, em se tratando do sistema jurídico-processual, os princípios são verdadeiros alicerces que dão rumo e direção não apenas ao ordenamento jurídico-positivo do direito já posto, desempenha papel fundamental no estudo, elaboração, compreensão e aplicação de cada ramo do Direito, conforme Guerra (2003).

No que se refere às matérias processuais, os princípios se multiplicam. A Constituição da República Federativa brasileira elevou à categoria de garantias fundamentais diversos princípios de ordem processual, promovendo o fenômeno que a doutrina denominou de “constitucionalização das mais transcendentais garantias processuais” (PÉREZ, 1998, p. 35). Essa constitucionalização direciona o estudo e a aplicação das regras processuais a partir da Carta Maior, considerando aqueles princípios como direito constitucional aplicado, e com o objetivo de conferir estabilidade e perenidade às principais normas processuais – que, inseridas no rol do artigo quinto, adquiriram o *status* de garantias fundamentais, e o selo das cláusulas pétreas¹⁴, que limitam a voracidade dos

¹⁴ Denominação tradicionalmente atribuída à algumas matérias constitucionais “que formam o núcleo intangível da Constituição Federal” (MORAES, 2001, p. 528). Refere-se a limitação de reforma da norma constitucional pelo poder constituinte derivado. “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos poderes; IV – os direitos e garantias individuais” (CF. 1988, art. 60, § 4º).

legisladores, segundo Lopes (2004). Por isso, quer seja na edição da norma jurídica de processo pelo legislador, ou na sua aplicação pelo magistrado, a bússola deve ser a Constituição Federal.

A Constituição passa a influenciar de forma direta a posição jurídico-material dos indivíduos perante os tribunais, garantindo posições jurídicas subjetivas, assumindo natureza de direito de defesa perante os poderes públicos com dimensão objetivo-institucional, funcionando com princípios jurídicos-objetivos para conformação dos tribunais e do processo judicial (oliveira, 2003, p. 84).

Desse modo, a norma magna brasileira não poderia deixar de contemplar expressamente matéria disciplinadora do processo, na qualidade de regente dos atores responsáveis pela normatização infraconstitucional – os legisladores, e dos dirigentes do processo – os juízes. É o que se constata da leitura do artigo quinto do texto constitucional, que se refere ao amplo acesso à justiça; ao juiz natural; ao devido processo legal, contraditório e da ampla defesa, da proibição de provas ilícitas, da duração razoável do processo, dentre outras¹⁵. Juntas, essas normas constitucionais, que se constituem em princípios estruturantes, constroem a espinha dorsal de todo processo judicial.

Essa natureza jurídica de norma fundamental, que é própria dos princípios processuais, os consagra no grupo de normas que visam a segurança jurídica, pois protegem os jurisdicionados contra o perigoso arbítrio do Estado – de quaisquer dos três poderes. Por isso mesmo, têm eficácia plena¹⁶ e aplicação imediata texto, por determinação do próprio texto constitucional: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (CFB, 2008, art. 5º, § 1º).

Esta última disposição constitucional reveste-se de grande significado. Por um lado principalmente em matéria processual, os preceitos consagradores dos direitos fundamentais não dependem da edição de leis concretizadoras. Por outro, na Constituição brasileira, os direitos fundamentais de caráter processual ou

¹⁵ Todos inseridos no rol do artigo 5º, incisos XXXV, XXXVII, LIV, LV, LVI, LXXVIII.

¹⁶ As normas constitucionais têm sua eficácia classificada em: a) de eficácia plena e aplicabilidade imediata; b) de eficácia contida e de aplicabilidade imediata, diferenciando-se a primeira por não carecerem de qualquer intervenção posterior do legislador para sua regulamentação, conforme Silva (2004).

informadores do processo não tiveram sua eficácia plena condicionada à regulação por lei infraconstitucional (OLIVEIRA, 2003. p. 263-264).

Dessa forma, indistintamente, qualquer processo judicial ou administrativo, independente do rito processual que obedeça, deve não apenas respeitar os princípios processuais constitucionais, mas ser guiados por eles. Como direitos fundamentais que são, esses princípios não gozam apenas da potencialidade de incidirem imediatamente, mas a de balizar a legislação e servir “de vetor de interpretação do ordenamento processual” (MENDONÇA JÚNIOR, 2001, p. 46).

Com esse entendimento destacamos aqui aqueles que seriam os moduladores do agir do órgão julgador na produção de provas de ofício, e que seriam ainda, os objetivos perseguidos na entrega da prestação jurisdicional, referimo-nos a eles por “vetores”. Qualificamos assim os elementos teóricos que trazemos a partir de agora neste capítulo teórico (itens 2.3.1; 2.3.2; 2.3.6; e 2.5), tomando por base a produtividade desse vocábulo (vetor), seja como conceito técnico, seja como metáfora explicativa, em muitas outras ciências (física, matemática, biologia, geografia...); dentre as definições mais freqüentes nos servimos da seguinte: “vetor = Direção, expressa em graus de bússola; para enviar alguém em uma determinada direção” (www.geocities.com/raptor_taw/Glossario, acessado em 20.07.09). Assim, fundamentamos o olhar que levamos para o tratamento dos dados empíricos de nossa pesquisa, assim constituímos o filtro de nossas análises.

2.3.1 Princípio da efetividade do processo

Os princípios constitucionais podem estar dispostos no Sistema jurídico de forma explícita - inseridos expressamente, ou implícitos, extraídos pelo intérprete dos princípios explícitos. **O princípio constitucional da efetividade do processo** se apresenta como modelo perfeito dessa possibilidade. Não está expresso na Constituição Federal Brasileira, mas decorre da interpretação dos **princípios**

expressos, sobretudo dos princípios do devido processo legal e da inafastabilidade, ou direito de ação, Mendonça Júnior (2001).

Expressos no artigo 5º da Constituição Federal, os princípios do devido processo legal e da inafastabilidade foram elevados à categoria de direitos fundamentais, pois integram o rol dos direitos e garantias fundamentais constitucionais com o fim de atingir os objetivos da jurisdição que são expressos na Lei Maior:

Construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e regionais; e ainda a promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, 1988, art.3º).

Para atender a esses objetivos o já mencionado princípio do devido processo legal mereceu alusão expressa na Lei Maior brasileira, garantindo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CF, 1988, art. 5º, LIV). Estando em jogo a liberdade e ou quaisquer bens da vida integrante do patrimônio de qualquer pessoa, essa garantia constitucional incide assegurando lisura na disputa.

No fundo, a garantia do devido processo legal constitui a expressão constitucional do formalismo processual; o informalismo excessivo (em que as partes perigam sossobrar ao arbítrio e ao poder do Estado) e o excesso de formalismo (em que o conteúdo – o direito material e a justiça - corre o risco de periclitare por razões de forma) estabelecem os seus limites externos (OLIVEIRA, 2005, p. 86).

Assim considerado, dele derivam outros princípios que asseguram a sua eficácia, como o princípio da ampla defesa (CF, 1988, art. 5º, inciso LV); e o princípio do juiz natural (CF, 1988, art. 5º, inciso LIII); bem como normas específicas como o direito de oferecer exceção de impedimento ou suspeição contra o magistrado (CPC, art. 321), e o direito de utilizar todos os meios de provas, desde que legais, ainda que não estejam previstos no código do processo civil necessárias para provar a verdade dos fatos que alega (CPC, art. 332).

Esse princípio cobra tanto do Estado quanto dos jurisdicionados não apenas o respeito em relação às normas que disciplinam os atos processuais e envolvem todos os procedimentos próprios da relação processual, mas também interpretação dessas normas de modo a assegurar a observância de todas as demais garantias processuais em prol de um processo efetivo, segundo Ávila (2004). Daí porque entendemos que dele também decorre o princípio implícito da efetividade do processo.

O segundo princípio que serve de fonte para o princípio da efetividade do processo é o da inafastabilidade, ou direito de ação: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CF, 1988, art. 5º, XXXV). Surgiu com o monopólio da jurisdição pelo Estado, pois uma vez que aos particulares não era mais possível solucionar seus conflitos apenas entre si, através da própria força, exercendo a autotutela, o Estado ofertou-lhes o direito de ação como compensação. Ou seja, o particular não pode obter por sua força a realização da pretensão resistida pela outra parte, mas lhe é assegurado o direito de provocar o judiciário, para fazê-lo, sempre que seu direito for ameaçado de lesão ou lesado. Por isso nada, nenhuma matéria, nenhuma lesão ou ameaça de lesão ao direito fica afastada da apreciação do poder judiciário, as exceções, que são poucas, como os casos da justiça desportiva, são previsões trazidas pelo próprio texto constitucional.

Esse comando constitucional já fora compreendido apenas como o direito a obtenção de uma sentença judicial. Entendimento esse que não se coaduna com o moderno direito processual, que exige uma prestação jurisdicional tempestiva e efetiva. Pois se ao particular não é dado mais o direito de solucionar seus conflitos, sendo-lhe proibido o exercício da autotutela, em substituição, a prestação jurisdicional ofertada pelo Estado deve ser equivalente, garantir o direito material que o particular efetivaria pela força, é o que sustenta Marinoni (2004).

Por isso, não há como se conceber um processo que obedeça ao aspecto substancial dessas duas normas-mãe sem que seja efetivo. A efetividade do processo é a razão da existência do devido processo legal e do direito de ação.

Para a concretização desses dois princípios é indispensável que o processo seja efetivo. Daí a importância inegável do princípio da efetividade do processo.

A aplicação desses princípios ocorre no exercício da atividade jurisdicional, que é atribuído a diversos órgãos criados pelo Estado para esse fim, e, tendo em vista a natureza das atividades que desenvolvem, não podem atuar discricionariamente. Por isso, os procedimentos aos quais esses órgãos se submetem são previamente disciplinados, e encontram-se no Código de Processo Civil Brasileiro. O processo judicial é o lugar onde os poderes e deveres se desenvolvem, e se apresenta como instrumento pelo qual o Estado exerce a jurisdição e, garantindo o direito material postulado em juízo, concretiza seus fins. Sua estrutura depende dos valores adotados pela norma maior de uma sociedade, não dependendo de uma simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, antes, decorre de uma escolha de natureza política, Oliveira (2003).

Se o processo é um instrumento, e se para o exercício da jurisdição por meio do processo são traçados, pela lei, vários procedimentos – que devem estar de acordo com as normas e valores constitucionais – o processo pode ser definido como o procedimento que, atendendo aos ditames da Constituição da República, permite que o juiz exerça sua função jurisdicional (MARINONI, 2004, p. 78).

A efetividade do processo se explica na exata medida em que o processo é reconhecido como um instrumento a serviço do direito material e se apresenta como o campo delimitado para atuação da jurisdição. Todo instrumento é criado para consecução de um fim, como tal, o processo é o instrumento para o exercício da jurisdição, e tem o fim de garantir o direito material que de alguma forma foi negado a seu titular. “Será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material” (MOREIRA, 2001, p.6). É exatamente a capacidade de transformar o mundo real dos acontecimentos, ainda que na micro-relação das partes envolvidas no litígio levado a juízo, que se traduz na efetividade do processo. Isso somente ocorre nos casos em que o juiz confere a uma das partes a tutela jurisdicional. Esse é o verdadeiro significado da instrumentalidade

do processo. Se o processo nasceu para garantir o direito material, somente será efetivo se alcançar esse objetivo.

Nesse sentido, se somente o processo efetivo é capaz de assegurar os direitos fundamentais mínimos que garantam a dignidade da pessoa humana, o princípio da efetividade também decorre dele. A ausência da efetividade do processo compromete o direito à saúde, educação, segurança, moradia, enfim, todos os demais direitos que preservam a dignidade da pessoa humana, reforça Wambier (2005). O direito constitucional a um processo efetivo é direito fundamental instrumental, é mecanismo de defesa dos direitos materiais. “A ausência de tutela efetiva implica a transformação dos direitos garantidos constitucionalmente em meras declarações políticas, de conteúdos e função mistificadores” (SANTOS, 1985, p. 125).

Ex positis, se do processo se cobra que seja efetivo, do juiz se cobra que o dirija rumo a essa efetividade:

A tendência de maior participação do juiz no processo é consequência de profundas alterações verificadas na fisionomia individualista do modelo processual clássico. O processo não é um jogo, em que o mais capaz sai vencedor, mas um instrumento de justiça com o qual se pretende encontrar o verdadeiro titular de um direito” (BEDAQUE, p. 53, 100).

Se a solução encontrada pelo juiz em qualquer processo foi de alguma forma fruto da desigualdade das partes, ela não corresponderá à realidade, estará desrespeitando o princípio constitucional da igualdade, e, portanto, negando a entrega da prestação jurisdicional e todos os fins da jurisdição. O processo é ramo do direito público, cuja finalidade predominante é sócio-política, por isso, entendemos que a função jurisdicional não é mera faculdade do juiz, mas um poder-dever, o que o impede permanecer inerte. Assim, o Juiz passa de espectador inerte à posição ativa de diretor, conforme Cintra, Grinover e Dinamarco (2005). Do juiz se cobra hoje que impulsione o andamento da causa, determine provas, conheça de ofício de circunstâncias que antes dependiam das

partes, dialogue com elas, reprima condutas irregulares e até atentatórias ao exercício da jurisdição.

Merece menção a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939, conforme comentário de Campos Francisco, (CPC, 1939) sobre a função do juiz e sua direção do processo:

O primeiro traço de relevo na reforma do processo haveria, pois, de ser função que se atribui ao juiz. A direção do processo deve caber ao juiz; a este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em lhe reconhecer. Quer na direção do processo, quer na formação material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quando for necessário ao conhecimento da verdade.

O juiz, como terceiro desinteressado¹⁷, tem alargados seus poderes na direção do processo, em todas suas fases, podendo e devendo determinar a emenda da petição inicial, produção de provas para elucidar questões relevantes ainda não esclarecidas no processo, porque as partes não produzem as provas à contento, bem como aplicar multas para coibir atos atentatórios ao exercício da jurisdição. É dever do juiz bem impulsionar, instruir e julgar a causa, sempre tendo em mira a entrega da prestação jurisdicional da solução mais justa possível.

Uma vez que o processo se desenvolve numa relação jurídica dialética entre seus vários sujeitos, como afirma Gomes (2001), e sua existência se justifica por perseguir determinadas finalidades, o processo precisa ser dirigido ser dirigido nessa direção, para alcançar essa finalidade. Como as partes estão implicadas na causa, com nítido interesse de vencer a demanda, e só o Estado pode dizer o direito, somente o juiz é capaz de conduzir o processo para que ele atinja os escopos da jurisdição. É exatamente para que o Estado atinja seus objetivos mo

¹⁷ Esse desinteresse se refere a importância que o magistrado não deve dá a quem sairá vencedor, senão aquele que de fato tem o direito digladiado.

exercício da jurisdição, por meio do processo, conduzido pela atuação do juiz, que o ordenamento jurídico lhe atribui poderes diversos, dentre os quais, interessa-nos, em nossa pesquisa, a produção de prova de ofício.

Ao abordamos neste capítulo a efetividade do processo, relacionando-o à atividade jurisdicional desenvolvida pelo juiz, sentimos a necessidade de trazer também os conceitos de eficácia, eficiência e efetividade do processo. O que faremos a seguir.

2.3.1.1 Eficácia, eficiência e efetividade do processo

Na ciência jurídica os conceitos de eficácia, eficiência e efetividade ganham contornos bem próprios, giram sempre em torno da norma, ato ou negócio jurídico. No linguajar técnico-jurídico eficácia e efetividade se distinguem atribuindo-se à primeira a aptidão para produzir efeitos – válido o ato ou negócio jurídico ele é eficaz, ou seja, a eficácia está relacionada a validade da norma e não com o resultado; enquanto que a segunda é a produção de efeitos concretos – realizado materialmente suas conseqüências, o processo é efetivo, conforme defende Calmon (1999).

Por isso entendemos necessário recorrermos à ciência da administração que tem credibilidade para nos fornecer com clareza os conceitos de eficácia, eficiência e efetividade, tendo em vista que deles se valem com freqüência buscando conceituá-los há várias décadas¹⁸.

Contudo, embora seja necessário conceituar estes termos separadamente, seus conceitos não excluem, mas se completam; uma vez que a eficácia está relacionada com os objetivos, programas e metas; é um instrumento que faz as fontes de capacidade e conhecimento produzir mais e dar melhores resultados. Por

¹⁸Sobre o tema ver Drucker, Peter Ferdinand. A nova era da administração. 1909; tradução de F.R. Nickelsen Pellegrini. 2 ed. São Paulo: Pioneira, 1986.

isso, eficácia é sempre relacionada aos objetivos e metas que uma organização estabelece para serem alcançadas, ou seja, reside no campo das decisões que os dirigentes têm que tomar, nas escolhas dessas decisões. Essas decisões serão tão mais eficazes quanto mais produzirem o efeito desejado.

Enquanto eficácia reside no campo da decisão, eficiência situa-se na execução. É “condutora da ênfase nos métodos, tarefas, técnicas de operação e normas, no processamento ou execução mais rápida, com menor esforço e menor custo” (BARNARD,1953 *apud* TUBINO, 1980, p.39). É a utilização de todos os recursos disponibilizados (sejam humanos ou não) de forma que deles se retirem o melhor resultado que se possa obter para execução da decisão anteriormente tomada. Eficiência não é um dom congênito, mas algo que pode ser aprendido, é um hábito, um complexo de normas práticas, e como tal pode ser aprendida se praticada repetidas vezes. “Não há razão para que qualquer pessoa normalmente dotada não possa ser competente em qualquer tipo de prática” (DRUCKER, 1967, p. 28).

Embora *a priori* os dois primeiros termos se confundam, há nítida distinção entre ambos, haja vista que o primeiro visa à escolha da decisão, é comando; enquanto que o segundo é o meio de execução dessa decisão, é instrumento. Por isso, notamos que a advertência inicialmente citada, quanto a complementação desses termos, faz todo sentido, pois se a decisão acertada (eficaz) pode conduzir à execução correta (eficiência), o contrário também é verdade: “o logro de qualquer objetivo que persiga um grupo humano (eficácia) dependerá sempre, em sua maior parte, da (eficiência) dos procedimentos” (MOONEY, 1939, *apud* TUBINO, 1980, p. 39). É que seria inútil a decisão acertada sem sua correta execução; e impossível se considerar acertada a decisão que desconsidera os meios de recursos disponíveis.

Concluindo a abordagem acerca dos conceitos de eficácia, eficiência, bem como suas diferenças, tomamos por base o modelo do quadro de Reddin (1967), *apud* Tubino (1980):

EFICÁCIA	EFICIÊNCIA
Fazer as coisas certas	Fazer certo as coisas
Produzir alternativas criativas	Resolver os problemas
Maximizar a utilização de recursos	Salvaguardar os recursos
Obter resultados	Cumprir com o seu dever
Aumentar os lucros	Reduzir os custos

Quadro 01

A fim de completar o elo necessário à construção do entendimento desses termos para fins desse trabalho, se faz necessário situarmos efetividade. Que se apresenta como o resultado de algo que é eficaz e eficiente, de forma que se uma decisão for eficaz e executada com eficiência, terá como resultado inevitável sua efetividade. Daí por que é impossível dissociá-la das duas primeiras. É a qualidade do que é efetivo, do que se manifesta por um efeito real e concreto, modificando a realidade.

Agora, aplicando os conceitos acima explicitados, a fim de empregá-los nessa pesquisa, ao atribuirmos cada um deles à dinâmica da prestação jurisdicional, entendemos que a eficácia deve decorrer das normas jurídicas, sejam elas constitucionais, processuais, regimentais ou de organização judiciária. É a norma jurídica que pode conferir ao magistrado o poder de “fazer as coisas certas”; “produzir alternativas criativas”; “maximizar a utilização de recursos”. É a opção do legislador pela criação de determinada norma bem como a escolha do julgador na sua aplicação ao caso concreto que serão mais acertadas quanto mais elas apresentarem bons resultados, ou melhor, quanto mais tornar efetivo o processo.

Entretanto, para que o processo apresente sua efetividade não basta a criação de normas eficazes e uma escolha igualmente eficaz na sua aplicação, é indispensável que os atores envolvidos na execução do comando normativo ajam de forma eficiente. E essa eficiência residirá na aplicação correta dos poderes probatórios que o juiz tem à sua disposição; a aplicação da norma equipara-se a “fazer certa a coisa”; é eficiente o juiz que dentre as normas jurídicas em vigor e os poderes que o sistema lhe apresenta, utiliza-o para aplicar aquela que melhor efetiva o processo. Nesse passo, se o legislador criar normas que garantam ao juiz

poderes probatórios, elas serão eficazes desde que aplicadas em observância aos aspectos concretos. Se o juiz optar por aplicar essa norma no caso adequado, ele será eficiente; e o somatório dessas atitudes poderá gerar um processo efetivo.

Entendemos que essa construção teórica nos conduz a apontar a efetividade do processo como um dos principais vetores no dever do juiz produzir provas de ofício.

2.3.2 Princípio da igualdade

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 também consagra o princípio da isonomia ou da igualdade como garantia fundamental. Nessa qualidade, esse princípio orienta as atividades do juiz no exercício da jurisdição. Por isso, abordamos nesse tópico o princípio da isonomia como outro vetor dos poderes probatórios do juiz.

Expresso no artigo 5º do texto constitucional, esse princípio determina a igualdade legal das partes perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e à propriedade, nos termos seguintes. Ao lado dos princípios constitucionais da efetividade do processo – já visto anteriormente, e da ampla defesa – que veremos adiante, o princípio da igualdade se constitui em densificador dos demais princípios constitucionais estruturantes do processo judicial, e dos direitos e garantias fundamentais. Nessa condição, ilumina todo sistema processual jurídico para influenciar legisladores, operadores do direito, e especialmente os juízes que como agente do Estado assumem o dever de adequar os seus poderes aos fins estabelecidos na constituição, segundo os valores da sociedade.

As garantias constitucionais disciplinam e tutelam o exercício dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que propiciam meios para que esses direitos sejam concretamente exercidos. Essas

garantias podem se constituir, simultaneamente, como garantias e direito fundamentais. Por consequência, o Direito fundamental da isonomia é também garantia de tratamento igualitário no processo (MARTINS, 2004, p. 158).

Como direito fundamental positivo, a igualdade perante a lei é princípio geral, mas também jurídico do direito constitucional processual; se reveste da condição de remédio jurisdicional eficaz para salvaguarda dos direitos fundamentais. Por isso garante a efetividade dos direitos subjetivos expressos ou outorgados na constituição. É premissa para a afirmação da igualdade na relação processual.

Atendo a premissa de que a igualdade das partes contemplada na Carta Política brasileira também deve ser garantida na relação jurídico-processual, o legislador ordinário expressamente atribuiu ao juiz a função de zelar por essa igualdade. “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento”. (CPC, art. 125 - I).

Entretanto, o tratamento igualitário dos litigantes no processo não corresponde apenas ao oferecimento de iguais e equivalentes oportunidades às partes e a seus procuradores no sentido de apresentar em juízo suas razões e provar suas alegações. Pois a garantia formal não é suficiente para que se assegure a igualdade das partes na relação processual, fazendo-se “necessário o respeito à igualdade substancial na conceituação positiva de isonomia, de maneira que sejam ofertadas a todos pelo Estado iguais oportunidades” (MARTINS, 2004, p. 159).

Esse direito a igualdade que é constitucionalmente assegurado às partes também no processo, foi sistematizado em três aspectos: igualdade de riscos; de oportunidade, e de tratamento, conforme Moreira (1989). A primeira seria a ciência que as partes têm de que podem ser vencedoras no processo e poderão usufruir dessa vitória, bem como dos riscos existentes no que se refere à derrota, que alcança a ambas; a igualdade de oportunidades se traduziria no poder que é conferido às partes de influir no curso e resultado do processo influenciando a construção do livre convencimento do juiz, ambas têm esse poder; e por último, às partes deve ser garantida a igualdade no tratamento, que não deve se sujeitar ao

arbítrio do juiz, mas deve se ajustar aos ditames previamente estabelecidos a partir da norma jurídica maior, a Constituição Federal.

Considerando-se a sistematização indicada por Moreira (1989), o segundo aspecto, igualdade de oportunidades: poder que é assegurado às partes de influir no livre convencimento do julgador, sofre limitações em decorrência direta das desigualdades sócio-econômica das partes. Nesse aspecto, a atuação do magistrado é fundamental para diminuir as desigualdades de oportunidades. Do magistrado se cobra que vá além da formalidade legal, pois o que se quer e se busca é o exercício substancial das garantias constitucionais processuais, e com o princípio da igualdade das partes no processo não há de ser diferente, Bedaque (2001).

Em busca dessa isonomia substancial das partes no processo, a legislação processual brasileira trata de forma desigual aos litigantes, em diversas situações, dentre as quais: a) prerrogativa de foro em favor da mulher nas ações de separação e divórcio, aos consumidores nas relações consumeristas, aos alimentandos nas ações de alimentos; b) inversão do ônus da prova nas ações que envolva relação de consumo; c) concessão de prazos em dobro à parte patrocinada por defensor público; d) tratamento prioritário e preferencial na tramitação de todos os atos e diligências, em qualquer grau de jurisdição, dos procedimentos que envolvam partes ou intervenientes com mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade.

Nesse contexto, se o princípio da igualdade exige do legislador que elabore normas jurídicas que visem a diminuição das desigualdades, alinhado com os escopos da jurisdição. Ele também cobra do magistrado que exerça a jurisdição atento a essa necessidade, pois a função dos tribunais é a de “fortalecer a democracia defendendo a realização do processo democrático, com a inclusão do maior número e da forma mais igualitária (politicamente) possível” (VIEIRA, 1997, p. 53). O juiz na condução do processo deve analisar sistemicamente o ordenamento jurídico e as relações sociais a fim de que sua atividade se realize na direção da eliminação ou da atenuação das diferenças existentes entre os

membros da comunidade, e que são refletidas na relação processual (Moreira 1984). Para tanto, o juiz deve considerar as diferenças de riqueza material, de raça, de posição social, de cultura.

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante e não igualdade real (BARBOSA, 1966. p. 16).

Sendo assim, em obediência a previsão constitucional, que consagram o princípio da isonomia, na condução do processo cumpre ao juiz assegurar às partes igualdade de tratamento para além da observância das formalidades, que não é suficiente para igualar as partes quando a desigualdade decorre da condição sócio-econômica dos litigantes. “dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades” (NERY JÚNIOR, 2000, p. 43).

A igualdade das pessoas em relação umas as outras é garantia constitucional que deve se refletir em todas as relações, e assim também deve ser no processo, que é um instrumento de solução de conflitos de interesses colocado à disposição das partes conflitante, e que dele fará uso na esperança de que haverá paridade em todos os aspectos.

A igualdade jurídica, contudo, não elimina a desigualdade econômica e, portanto, não basta a garantia de igualdade formal. Embora a lei não estabeleça diferença entre os indivíduos, faz-se necessário o respeito à igualdade substancial na conceituação positiva da isonomia, de maneira que sejam ofertadas a todos pelo Estado iguais oportunidades (MARTINS, 2004, p. 159)

Ocorre, no entanto, que a realização da igualdade substancial no processo ainda é uma necessidade que não foi atendida, fatores sociais e econômicos contribuem com a desigualdade das partes litigantes no processo, Bedaque (2001). O princípio da igualdade das partes preconiza pela igualdade formal perante o juiz que torna concreta a norma legal e pela igualdade processual no interior do processo, conforme Rocha (2000), cobrando do juiz que no caso concreto exerça

sua atividade jurisdicional com vistas à igualar as armas que as partes usam para convencê-lo de que o direito digladiado no processo é seu.

2.3.3 O juiz e a prova

Enquanto cada uma das partes tem como objetivo sair vencedora da relação processual, o juiz é considerado terceiro imparcial, cujo interesse é aplicar a norma para entregar a cada um o que é seu, fazendo justiça. Por isso, se a prova tem o objetivo de fornecer ao juiz elementos que forme o seu convencimento, cabe a ele como terceiro imparcial impor a observância dos princípios às partes que produzirão as provas, bem como determinar sua produção de ofício, se entender necessária a realização de alguma prova para formar seu convencimento.

A relação que o juiz mantém com a prova é de completo direcionamento, pois ela tem a finalidade de instruir o processo para convencê-lo, e ele não pode se limitar a se deixar-se convencer, mas deve buscar convencer-se de forma ativa, por estar implicado na formação do seu próprio convencimento.

Sendo o diretor do processo e tendo como objetivo a entrega da prestação jurisdicional da forma mais justa possível, ele participa da produção da prova atuando ativamente, atendendo as expectativas que o processo atual cobra dele, desconsiderando a superada dicotomia de que o Direito Processual Penal busca a verdade real, e o Processo Civil se contenta com a busca da verdade formal, em ambos o juiz precisa ser convencido e se convencer por meio das provas.

Quando uma das partes deixa de produzir a prova compelida pelas circunstâncias, e não consegue obter o reconhecimento do seu direito na justiça, lamenta que ela não possa ser realizada com as próprias mãos, acreditando que assim teria mais êxito, revolta-se contra “essa justiça” que lhe nega a autotutela e não lhe assegura os meios adequados para litigar em juízo.

É o que se observa, por exemplo, com quem não pode pagar honorários periciais, cujo depósito antecipado é determinado pelo juiz; certo de seu direito, encontra inúmeros óbices à sua realização, haja vista que não é pacífico nem mesmo entre os juízes, que o Estado esteja obrigado a pagar ao perito nos termos da Lei de assistência judiciária.

Muitas vezes, a parte deixa de exercitar uma faculdade processual ou desincumbir-se de um ônus mais em razão de sua debilidade econômica ou cultural do que em razão de aceitação de uma situação que lhe é adversa, ou seja, não quer ela dispor de seu direito, nem reconhecer o da parte contrária, deixando de agir por circunstâncias outras. (BEDAQUE, 2001, p. 97).

2.3.4 Princípio dispositivo

A doutrina tradicional apresenta esse princípio como a faculdade que as partes têm de iniciar o processo, impulsioná-lo e apresentar as provas que pretendem produzir¹⁹. A elas é assegurado o direito de dispor dos atos processuais não apenas inerentes à disposição do direito material, mas aos processuais, incluindo-se a produção das provas, que poderiam ou não ser apresentadas, cuja opção de produção caberia unicamente à parte a quem a lei incumbisse o ônus da sua ausência. Essa disposição, entretanto, estaria vinculada a natureza do direito material deduzido em juízo, pois apenas o direito disponível admitiria tal disposição às partes.

Nessa linha de raciocínio o juiz permaneceria inerte diante das opções das partes na produção de prova, e não poderia, por exemplo, determinar uma prova que uma das partes houvesse desistido de apresentá-la ainda que entendesse fundamental na construção do seu convencimento, haja vista tratar-se o direito material de direito disponível.

¹⁹A exemplo de Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

Na tentativa de apresentar coerência, os doutrinadores que vinculam os poderes instrutórios do juiz ao princípio dispositivo mitigam o princípio dispositivo, que se apresenta segundo essa corrente, como um dosador: maior grau do princípio dispositivo, menor grau dos poderes instrutórios do juiz. Para quem entende dessa forma haveria no nosso sistema uma harmonização entre os princípios dispositivo e inquisitório.

apesar da letra da lei, ainda há quem se curve ao peso da tradição do princípio dispositivo e por isso procure atenuar o poder probatório do juiz, taxando-o de atividade meramente supletiva da iniciativa probatória das partes, estas sim encarregadas do ônus da prova. (RIGHI, 1993, *apud* BEDAQUE, 2001, p. 94).

Entretanto, (BEDAQUE, 2001, p. 86), considera esses entendimentos equivocados e esclarece que o princípio dispositivo se reserva "(...) aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo". Por isso, em se tratando de direito disponível, as partes podem dele dispor renunciando, transigindo, desistindo ou até mesmo reconhecendo o pedido, e o juiz não tem poder de opor-se a tais atos em virtude da natureza do direito material.

Se esse princípio se relaciona com o direito material e não com o direito processual, ele não tem o condão de limitar qualquer outra atividade do juiz, mesmo o poder de determinar a produção de prova no processo que veicule direito material.

O mesmo autor ressalta com segurança que a impossibilidade do juiz iniciar o processo não decorre da disponibilidade do direito material, pois mesmo disponível o direito, a parte permanece com seu monopólio, embora haja exceção como no inventário, que o juiz pode iniciar de ofício a ação, a regra é o monopólio das partes, e quando o Estado manifesta algum interesse na relação, seja direto ou indireto, não atribui ao magistrado a iniciativa da ação, ele permanece inerte, mas legitima outro órgão como o Ministério Público para iniciar a ação, como ocorre com a ação civil pública, (BEDAQUE, 2001, p. 91).

Diante de tanta incoerência da doutrina tradicional, nos filiamos ao professor Bedaque e entendemos que realmente o princípio dispositivo se relaciona com direito material e por isso confere as partes a prerrogativa de dispor, por meio dos atos processuais, do direito material deduzido em juízo, desde que este seja disponível, e, portanto, não impõe nenhuma limitação a qualquer atividade processual do juiz que não aquelas relacionadas à disposição das partes do direito material, menos ainda no que tange às suas atividades investigatórias que são empreendidas na construção do seu convencimento.

2.3.5 Princípio da imparcialidade

O segundo princípio utilizado pelos defensores de um juiz mais espectador, distante e inerte, que espera pela vontade das partes para que o processo seja impulsionado, é o princípio da imparcialidade, que se caracteriza por regular a posição do juiz no processo em relação às partes. Do órgão jurisdicional se cobra o caráter de imparcialidade que o coloca entre as partes e acima delas, segundo Cintra, Grinover e Dinamarco (2005). Trata-se de garantia básica conferida às partes para que se possa alcançar num julgamento justo e válido, sem o envolvimento parcial do juiz no conflito.

Em nome da imparcialidade a Constituição Federal confere ao magistrado garantias de vitaliciedade e inamovibilidade, assim como impõe vedações como manter atividade político-partidária e receber custas processuais (CF, 1988, art. 95). Entretanto, essa imparcialidade do juiz não pode ser confundida com neutralidade, o que nos parece impossível, tendo em vista o caráter humano que reveste todos os sujeitos do processo, entre eles o juiz. Sua neutralidade, se possível fosse, se configuraria em descaso com a missão de exercer a jurisdição, recebida do Estado.

Porém, a crença na possibilidade de neutralidade do juiz que parecia revestir a idéia daqueles que defendiam um juiz espectador; que alegavam que a

participação do juiz na produção de provas o tornaria parcial e defensor do interesse de uma das partes, favorecendo-a. Além do mais, “o juiz, por sua posição de árbitro imparcial, não deve se transformar num investigador de fatos incertos, cuja eventual comprovação possa acaso beneficiar um dos litigantes” (THEODORO, 1999, p. 28). Mas essa corrente já foi desconstruída. Hoje já não se pode mais insistir na existência nessa idéia, sendo firme não apenas a aceitação de um juiz ativo, mas, sobretudo a cobrança numa postura do órgão julgador que demonstre interesse na solução da lide, na entrega da prestação jurisdicional, que absolutamente macula o princípio da imparcialidade.

O uso das faculdades instrutórias legais não é incompatível com a preservação da imparcialidade do juiz. Tal expressão, bem compreendida, não exclui do órgão judicial a vontade de decidir com justiça, e, portanto, a de dar ganho de causa à parte que tenha razão (MOREIRA, *apud* GOMES, 2001, p. 86).

Se o órgão judicial deve decidir com justiça, o juiz está totalmente implicado com a busca da verdade, tanto quanto seja possível encontrá-la, pois se sua participação ativa na direção do processo pode beneficiar uma das partes, sua inércia também pode, e nesse sentido também seria parcial.

2.3.6 Princípio do livre convencimento do juiz

Uma vez que no direito processual civil brasileiro vige o princípio do livre convencimento motivado do juiz, consideramos esse princípio como um dos vetores do exercício do magistrado produzir provas de ofício. Nesse tópico abordaremos os fundamentos dessa hipótese.

Enquanto os princípios da igualdade das partes e imparcialidade do juiz se apresentam como fruto da nova ordem jurídica estabelecida a partir da revolução francesa, o princípio do livre convencimento nasce como resposta àquele acontecimento, sendo diretamente influenciado por ele. Pois o objetivo da nova ordem foi adotar um método hermenêutico que privilegiasse a lógica racional,

Aronne (1996), uma vez que prevalecia o sistema de valoração e avaliação da prova a partir da convicção íntima do julgador, que como tal não o obrigava a decidir atrelados às leis. Tendo como limitador para a forma de julgar questões levadas ao judiciário apenas os interesses da elite, como conseqüência, os julgadores cometiam constantes abusos a fim de atender seus interesses, cometendo abusos desmedidos e injustiças assustadoras, ressaltando tanto mais o descontentamento social em detrimento da paz social.

Dessa forma, os responsáveis pela revolução, a fim de dá respostas àquela forma de julgamento, pretenderam limitar os poderes do juiz passando a normatizar a tudo, evitando interpretações nos julgados de forma que os juízes se limitassem aplicar a lei. Conforme já explanamos o tema no item 2.2 desse trabalho. Por isso surgiu a necessidade de legislar cada vez mais a fim de suprir as lacunas, já que o juiz não podia interpretar a lei.

Como conseqüência desse sistema que engessava o convencimento do juiz, sobretudo quanto a valoração da prova, a doutrina se levantou afirmando a importância da jurisdição na missão de evoluir o direito adaptando a legislação ao fatos concretamente ocorridos. “Essas diretrizes deram início à interpretação teleológica, para a qual o recurso aos fins sociais da lei seria a sua própria essência, chegando Ihering a afirmar que o fim seria o criador de todo o direito” (ARONNE, 1996, p. 20).

Com a evolução do pensamento jurídico e, sobretudo, com o avanço dos estudos do direito processual, que alcançou sua autonomia e firmou-se como ciência, surgiram diversas posições defendendo a utilização de critérios valorativos na aplicação da lei, com vistas à justiça e bem-estar social. Ampliaram-se os poderes do juiz, e nasceu um novo sistema de valoração de prova, que integrando ao direito processual, deu origem ao princípio do livre convencimento.

Uma vez que o princípio do livre convencimento consistiu numa verdadeira mudança de paradigma, é compreensível que na tentativa de negar o antigo modelo, sua utilização possa ter percorrido mais intensamente o caminho de

libertar os julgadores das amarras criadas pelo liberalismo. Contudo, essa liberdade perseguida fora defendida desde seu nascedouro como meio de se atingir justiça nos julgados, e não como um fim em si mesmo. Via-se a necessidade de liberar os juízes para que o judiciário fosse destinado à toda sociedade e não apenas à elite, defende Aronne (1996).

O princípio que agora se aborda consagra a liberdade do magistrado construir seu convencimento, avaliando e valorando as provas que compõem o conjunto probatório construído no processo para assim motivar seu convencimento.

Só assim se formaria, como se formou, dentro das possibilidades, um sistema processual homogêneo, no qual a figura do juiz predomina, pela soma dos poderes e faculdades que lhe concede, quer na direção do processo, quer na indagação e descoberta da verdade, quer na maneira pela qual se convence desta e a declara (SANTOS, 1970, p. 153).

O âmbito de atuação dessa liberdade do julgador são as provas. É dentro delas que o juiz pode mover livremente seu raciocínio no esforço de pesquisar a verdade possível dos fatos alegados pelas partes, formando sua consciência. Sua liberdade não se refere a possibilidade de prolatar sentença decidindo da forma como melhor entender, mas a de apreciar os dados trazidos pelas partes, ou pelo próprio juiz buscados, acerca dos fatos controvertidos, ou seja, dos elementos de prova, a fim de embasar e formar seu convencimento, sempre na forma da lei. Essa liberdade do juiz construir seu convencimento encontra limites expressos na Lei Maior “todos os julgamentos dos órgãos do poder judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (CF, 1988, art.93, inciso IX), bem como legislação infraconstitucional, garantindo que o julgador apreciará livremente a prova, “mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento” (CPC, 1973, art.131). É esse comando legal que vincula o convencimento do juiz ao conjunto probatório.

O juiz tem o dever de fundamentar sua decisão, indicando os motivos e as circunstâncias que o levaram a admitir a veracidade dos fatos em que o mesmo baseara sua decisão. Cumpre-lhe indicar, na sentença, os elementos de prova com que formou sua convicção, de tal modo que a conclusão sentencial guarde

coerência lógica com a prova constante dos autos. Esta exigência naturalmente limita a completa liberdade que o sistema de livre convencimento lhe daria (SILVA, 1987, p. 287).

A motivação que a legislação exige do magistrado se apresenta como um delimitador da sua liberdade de convicção ao consagrar a titularidade do direito. Isso porque, ele está obrigado a fundamentar na sentença quais foram as provas e o fundamento jurídico que sustenta sua decisão de atribuir o direito levado a juízo a uma das partes. O princípio em referência não confere liberdade absoluta para o órgão do poder judiciário responsável por dizer o direito formar seu convencimento.

O princípio do livre convencimento é aquele que dá ao juiz a prerrogativa de apreciar as provas livremente, a fim de se convencer da verdade ou falsidade, ou inexatidão parcial, das afirmações sobre os fatos da causa, não se confere ao juiz liberdade absoluta, mas não lhe impõe critérios rígidos e inflexíveis (valores tarifados) na apreciação da prova” (MIRANDA, 1976, p. 230).

Neste contexto, ao considerarmos que é dentro da prova que o raciocínio do julgador pode se mover livremente em busca da verdade dos fatos trazidos ao processo, é nela que ele se apóia para, livremente, pela influência exercida em seu espírito de jurista, formar sua consciência a respeito da verdade pesquisada. Por isso, evidencia-se que o método utilizado pelo magistrado para construir sua convicção quanto a verdade ou falsidade dos fatos constitutivos da lide é indutivo. Disso decorre que na análise desse conteúdo indutivo dois critérios devem ser utilizados, a saber: 1) objetivo e 2) subjetivo. O primeiro se destina ao modo de produção de provas e sua exteriorização no processo. É com esse critério que o magistrado decide quais são as provas que aceita e as que rejeita serem produzidas (CPC, art. 130), bem como se entende satisfatória as provas trazidas aos autos pelas partes, ou se carece determinar produção de provas de ofício (CPC, art. 131). O segundo critério utilizado na análise das provas é o subjetivo, que caracteriza o poder de indução das provas no convencimento do magistrado, como ela é interiorizada pelo julgador e, também, como provoca o convencimento do magistrado; é por meio desse critério que o julgador alcança seu convencimento sobre quem é o titular do direito digladiado em juízo.

A partir dessas considerações podemos entender que a decisão do juiz seria a conjugação da norma jurídica com a percepção e consciência moral do julgador, do juízo crítico do julgador, que busca a verdade dos fatos com a finalidade de melhor aplicação do direito, alcançando-se, assim, os escopos da jurisdição.

2.4 Poderes instrutórios do juiz

Na direção do processo o juiz atua nele e fora dele. No primeiro caso, exerce poder jurisdicional direto; no segundo caso, o juiz exerce poder administrativo, é o que ocorre, por exemplo, quando determina a saída de uma das partes da sala de audiências, segundo Cintra, Grinover e Dinamarco (2005), e Marques (1958, *apud* Gomes, 2005).

Entre os poderes jurisdicionais atribuídos ao juiz a doutrina elenca o diretor, instrutórios, coercitivos. Contudo, embora se reconheça a importância de todos esses poderes atribuídos ao juiz, esse trabalho não comporta a abordagem de todos eles, por isso limitar-se-á aos principais poderes que são atribuídos ao juiz na determinação de produção de prova de ofício na fase instrutória do processo de conhecimento de rito ordinário.

Para Gomes (2001 p. 42), os poderes do juiz constituem “(...) manifestações do poder que o Estado confere ao juiz para dirigir e instruir o processo”. Sendo a jurisdição o poder que o Estado tem de dizer o direito em última instância, e o juiz o órgão que a exerce, cuja atuação ocorre no processo, e obedece as normas e princípios constitucionais processuais, a ele o ordenamento jurídico confere diversos poderes.

Nas fases postulatória e ordinatória, o juiz investiga se a petição inicial contém os requisitos exigidos na lei antes de recebê-la. Encontrando-a regular manda citar o réu e decorrido o prazo para resposta, com ou sem defesa oferecida,

passa a sanear o processo, se estiver tudo regular abre-se a fase instrutória, que no nosso entender, é aquela que influi com maior agudez na efetividade do processo, porque cobra do juiz maior participação, sobretudo na produção das provas, pois nessa fase se forma o convencimento do juiz, e se define a quem será entregue a prestação jurisdicional.

Contudo, a doutrina não é pacífica quanto a amplitude dos poderes instrutórios do juiz, há autores que defendem a figura do juiz mais inerte, espectador e impossibilitado de produzir provas. Para tanto, alegam que os princípios dispositivo, da imparcialidade e da igualdade impediriam tais atividades do juiz no curso do processo. Por isso entendemos ser imprescindível a abordagem desses princípios nesse trabalho. É o que se segue.

Acerca dos poderes probatórios, “a tendência de maior participação do juiz no processo é conseqüência de profundas alterações verificadas na fisionomia individualista do modelo processual clássico” (BEDAQUE, 2001, p. 53). Se a solução encontrada no processo foi de alguma forma fruto da desigualdade das partes, ela não corresponderá à realidade, estará desrespeitando o princípio constitucional da igualdade e, portanto, negando a entrega da prestação jurisdicional e todos os fins da jurisdição.

Isso porque, qualquer ato que venha a ferir as diretrizes apontadas nos princípios “(...) estará deturpando o caráter instrumental do processo impedindo-o de realizar seus escopos jurídicos, políticos e sociais que em muito extrapolam a visão mesquinha de um mero jogo, onde o mais astuto é quem vence”. (GOMES, 2001, p. 40), pois é exatamente para que o Estado atinja seus objetivos no exercício da jurisdição, por meio do processo, conduzido pela atuação do juiz, que o ordenamento jurídico lhe atribui poderes diversos, dentre eles, os instrutórios.

2.5 Previsão infraconstitucional dos poderes probatórios do juiz

Embora não seja praxe, nem a lei estabeleça diretamente, o juiz pode determinar que ao indicar as provas que querem produzir, as partes justifiquem sua

produção, isso porque, ele pode indeferir aquelas que julgar impertinentes ou irrelevantes (CPC, art. 130).

É importante ressaltar, como recorrente na bibliografia de referência, que o processo atual não comporta mais um juiz inerte, espectador, e que os princípios constitucionais processuais impõem ao magistrado um comportamento ativo. Mas quais poderes nossa legislação infraconstitucional, Código de Processo Civil, confere ao juiz para determinar a produção de provas de ofício? Neste capítulo pretendemos abordar os principais poderes que a Lei confere aos juízes para que eles determinem a produção da prova que entender necessária para formar seu convencimento. Iniciaremos pelo artigo 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”.

O legislador atribuiu ao magistrado poder para decidir quais provas que terão sua produção determinada na instrução do processo. Ele não depende do requerimento da parte para fazê-lo, não tem poder apenas para determinar complementação das provas que, embora produzidas pelas partes, não esclareceram satisfatoriamente os fatos que pretendiam, mas pode ir além, determinando provas que as partes sequer requereram.

O dispositivo legal em tela, que apenas ratifica os princípios constitucionais, esclarece a amplitude dos poderes conferidos ao juiz na produção de prova de ofício, qualquer resistência da doutrina ou jurisprudência estará na contramão da legislação. E não poderia ser de outra forma, se do julgador se cobra que julgue com justiça, aplicando a lei e entregando a cada um o que é seu, também a ele deve ser conferido poderes para construir seu convencimento, “aí reside a grande diferença entre o papel do juiz no Estado liberal, do século passado e o que dele se espera atualmente” (ARENHART, 2001, p. 244).

A norma estabelecida no artigo 130 do Código de Processo Civil brasileiro citado, que tem caráter geral, parece se aplicar a todos os tipos de prova, seja ela testemunhal, documental, pericial ou qualquer outra que o magistrado entenda ser

necessária na instrução do processo para formação do seu convencimento, exigindo apenas que seja referida no caso de testemunhas. O Código de Processo Civil também conferiu amplos poderes probatórios ao juiz. A respeito de cada uma das normas, que lhe são específicas, vejamos as principais:

a) **Depoimento Pessoal das Partes** – Consiste no depoimento que cada uma das partes presta em juízo, pois embora as peças processuais que dão início a ação (inicial), ou confirmam o contraditório (contestação) sejam entendidas como a própria fala das partes, os advogados podem requerer o depoimento pessoal das partes, por entender que esse ato pode influir no convencimento do juiz favoravelmente a cada uma delas.

Nesse caso, caberá às partes fazê-lo por ocasião da audiência de instrução e julgamento, que é o momento da colheita dos depoimentos das partes e das testemunhas, mas ao Juiz é assegurado o poder de determinar de ofício o comparecimento pessoal das partes para interrogá-las não apenas para essa ocasião, mas em qualquer estado que se encontre o processo, CPC (1992, art. 342).

b) **Prova Documental** – É aquela que se traduz em documentos capazes de comprovar o direito pleiteado, por isso é o tipo de direito postulado no processo que determinará qual o tipo de prova que a parte deve produzir. Contudo, no que depender das partes, ela será produzida com o objetivo de conduzir o convencimento do juiz a seu favor. Assim, quando a matéria não envolve fatos, sendo denominada de direito por não carecer da declaração do juiz, a prova documental se impõe e pode ser suficiente, e as partes deixar de produzi-las por que não lhe seria benéfico. Nesse caso, o juiz pode determinar exibição de documentos ou coisa que estejam em poder da parte, CPC (1992, art. 355 e 382).

c) **Prova Testemunhal** – que consiste no depoimento de pessoas inicialmente indicadas pelas partes e que tendo conhecimento dos fatos por si mesmas, possam contribuir para elucidar os fatos narrados nas peças de acusação (inicial) e defesa (contestação). Essas testemunhas podem comparecer

espontaneamente ou serem intimadas por terem sido arroladas no processo, com prazo antecedente de 05 (cinco) ou 10 (dez) dias da audiência de procedimento sumário ou ordinário, respectivamente, previamente marcada para coleta dos seus depoimentos.

Nosso sistema jurídico-processual não admite que as partes inquiram as testemunhas diretamente, sendo exclusivo do juiz a tarefa de se dirigir às testemunhas para inquiri-las, de forma direta e pessoal (CPC, 1973, arts. 400 e 446). Dessa forma, impõe aos advogados que formulem suas perguntas ao magistrado para que este as repita para os depoentes e se encarregue de dita-las ao servidor público que, acompanhando toda audiência, é encarregado de digitar apenas o determinado pelo juiz.

A lei ainda determina o momento em que as partes devem formular suas perguntas às testemunhas por meio do juiz, sob pena de preclusão, ou seja, de perda do exercício do direito de perguntar à testemunha. A produção dessa prova se dá em três fases, são elas:

1ª) Após advertir a testemunha das conseqüências do falso testemunho (CPC, art. 415, par. único), o juiz a interroga formulando as perguntas que entender necessárias a fim de identificar se ela tem conhecimento dos fatos e pode contribuir para elucidá-los. Sempre tendo em vista que o juiz não lida com os fatos, mas com as versões dos fatos narradas por cada uma das partes.

2ª) Na segunda fase, o juiz dá a palavra à parte que indicou a testemunha, e nessa ocasião o advogado formulará as perguntas no intento de obter da testemunha respostas que confirme os argumentos traçados na sua peça processual e convença ao juiz que o direito postulado é de fato do seu cliente.

3ª) Por último, após ter inquirido a testemunha com as perguntas do advogado da parte Autora, ele passa a palavra ao advogado da parte Ré, que procederá da mesma forma.

Porém, como as partes estão impedidas de se dirigir diretamente à testemunha, nem por meio de seus advogados, esses formulam suas perguntas ao juiz, e a ele cabe deferir-las, repetindo-as *ipisi literis* para a testemunha – reformulá-las antes de dirigi-las à parte depoente, ou indeferir-las, por entendê-las impertinentes ou irrelevantes (CPC, art. 416, § 2º).

Ao juiz é assegurado, ainda, formular novas perguntas à testemunha, que havia deixado de fazer por descuido, esquecimento ou cuja necessidade surgira em decorrência de outras perguntas e/ou respostas formuladas no decorrer do depoimento, pois para o juiz não há preclusão nesse sentido, e nem poderia haver, pois enquanto as partes farão perguntas com o fim de convencer o juiz a julgar a causa reconhecendo seu direito, o juiz perseguirá a verdade dos fatos, tanto quanto ela seja possível de ser alcançada, a fim de formar seu convencimento a ser expresso e fundamentado na sentença.

Para garantir a produção dessa prova, o legislador brasileiro assegura ao juiz o poder de determinar a condução coercitiva da testemunha, se ela se negar a depor sem motivo justificado (CPC, 1973, art. 412) a intimação de testemunha citada nos depoimentos, ainda que as partes não requeiram; e a acareação das testemunhas umas com as outras ou entre elas e a parte, quando as declarações sobre fatos forem divergentes e puderem influir na decisão da causa. (CPC, art. 418).

d) **Prova Pericial** – Esse tipo de prova, que consiste na formulação de opiniões técnicas e científicas, que somente podem ser fornecidas por quem tenha conhecimentos e habilidades técnico-profissionais acerca dos fatos que se pretende provar, se diferencia da prova testemunhal por não trazer ao conhecimento do juiz versão dos fatos, mas opiniões técnico-científica sobre eles.

Ela se apresenta como prova necessária quando a capacidade que se pode esperar de um homem de cultura média, juiz e advogados das partes, não seja suficiente para elucidar os fatos que necessitem de conhecimento especial.

Se a capacitação requerida por essa situação não estiver dentro dos parâmetros daquilo que se pode esperar de um juiz, não há como se dispensar a prova pericial, ou seja, a elucidação do fato por prova em que participe um perito – nomeado pelo juiz – e em que possam atuar assistentes técnicos indicados pelas partes, a qual deve resultar em laudo técnico-pericial que, por estas, poderá ser discutido. (MARINONI, 2004, p. 35).

A indispensabilidade da prova pericial, portanto, não está diretamente vinculada apenas a ausência de capacidade específica do juiz e ou das partes para elucidar os fatos controversos. Pois ainda que o juiz tenha conhecimento específico acerca de um fato que dependa de conhecimentos técnicos, a prova pericial não poderá ser dispensada. Pois em atendimento ao princípio constitucional à ampla defesa, é indispensável que os fatos sejam elucidados para todos os atores do processo; além da garantia ao duplo grau de jurisdição que é previsto pelo nosso sistema como a possibilidade de revisão da decisão, cujo processo é remetido à reexame.

A possibilidade da causa ser novamente apreciada, por outro órgão julgador, exige que a elucidação dos fatos a partir das provas seja destinado também a outros magistrados, que podem não ter aquele conhecimento específico que o juiz de primeira instância tinha e foi responsável pela dispensa da prova pericial, e por isso se vê impossibilitado de revisar o julgamento a partir do seu próprio convencimento.

Assim, a fim de elucidar os fatos a partir da opinião de um técnico, o juiz nomeia um perito que seja da sua confiança e goze de idoneidade moral, em observância ao direito fundamental das partes a um julgamento idôneo, já que embora o juiz não esteja vinculado ao laudo para julgar, pode fazê-lo com base no laudo pericial.

A legislação brasileira, também por meio do Código de Processo Civil, adverte que se a perícia exigir conhecimento próprio de profissionais de nível superior – universitário – o juiz deve escolher um profissional desse nível inscrito no órgão da classe competente; mas a ele também é dada a prerrogativa de

escolher um perito que não preencha esses requisitos, quando na localidade não haja profissional assim qualificado CPC (art. 145, § 3º).

Porém, se não o fizer, cabe ao juiz determiná-la de ofício; nomear o perito; fixar o prazo para entrega do laudo pericial; verificar se o perito nomeado tem conhecimento técnico e idoneidade moral para realizar o trabalho CPC (1992, art. 421 e 422); pode e deve substituí-lo se não cumprir, sem motivo legítimo, o encargo no prazo designado, ou se constatar que não possui conhecimento técnico suficiente CPC (1992, art. 424). Designado o perito, o juiz pode e deve indeferir os quesitos formulados pelas partes que sejam impertinentes, formular outros que entenda necessários, bem como determinar nova perícia se a primeira não esclarecer os fatos suficientemente, CPC (1992, art. 426 e 437).

e) **Inspeção Judicial:** o juiz pode e deve inspecionar pessoas ou coisa, em qualquer fase do processo, se assim for necessário para esclarecer os fatos que interesse à decisão da causa. CPC (1992, art. 440).

O legislador brasileiro não se omitiu na tarefa de conferir poderes probatórios ao juiz; seus poderes são amplos, confirmando a tendência do processo civil atual, que cobra do juiz uma postura ativa a fim de alcançar os fins da jurisdição e do próprio Estado. “Do legislador brasileiro, inclusive em nível constitucional, seria injusto dizer que tem sido negligente na execução do trabalho” (MOREIRA, 2001, p.7).

2.6 Limitação aos poderes probatórios do juiz (determinação de ofício)

Embora sejam amplos os poderes que o legislador brasileiro conferiu ao juiz para determinar a produção de prova sem a provocação das partes, eles encontram limites para evitar abusos na sua aplicação.

Um dos critérios estabelecido pelo legislador para aplicação desses poderes do juiz, e que ele deve seguir, para deferir, indeferir ou determinar sem

requerimento a prova, é o da necessidade da sua produção (CPC, 1999, art. 130), ou seja, se sua presença nos autos puder influir na formação do convencimento do juiz direcionando o julgamento, esta será necessária, e, portanto, poderá ser determinada.

Além de necessária “a prova, por razões de utilidade, só deve recair sobre os fatos que sejam ao mesmo tempo controvertidos, pertinentes e relevantes” (GOMES, 2001, p. 252). Esse entendimento nos parece um tanto razoável e atende ao princípio da economia processual, pois seria apenas desperdício de tempo e dinheiro das partes e do Estado admitir ou determinar provas de fatos que as partes aceitam como verdadeiros; que não se relacionam com a causa; que são irrelevantes para esclarecer os fatos, ou mesmo daqueles que a lei dispensa a produção de prova, como ocorre com os fatos notórios (CPC, artigo 334, inciso I).

Por isso o dever de motivar também se apresenta como limite à produção de provas de ofício, pois ao optar pela sua produção, o juiz deverá fundamentar essa decisão, esclarecendo porque determinada prova se apresenta como indispensável a ponto de ser produzida.

Os elementos objetivos da demanda também constituem limitação a atuação do poder probatório do juiz, o juiz deve decidir a lide nos limites em que foi proposta, (CPC, art. 128), daí porque as provas também devem seguir esse mesmo limite.

Ainda que o sistema apresente limites à atuação de ofício do juiz na produção da prova, nota-se sua amplitude. Entretanto, a lei por si só é insuficiente, é somente por meio do juiz que ela se materializa para ganhar sentido e tornar efetivo o acesso à justiça e o próprio processo. “Mister se faz que o juiz ao dirigi-lo, assumo com amplitude os poderes que lhe são conferidos para tanto. Se assim fizer, será realmente diretor do processo, a atitude contrária fará dele um mero espectador do feito.” (GOMES, 2001, p. 243).

3. APRESENTAÇÃO E ANÁLISE DE DADOS

3.1 Descrição da entrevista

A fim de atingir a objetividade necessária à pesquisa, procuramos identificar, neste capítulo, a aplicação dos poderes que são conferidos à juíza para determinar a prova de ofício em suas respostas à entrevista, identificando quais foram os vetores que direcionaram sua determinação. Para tanto, foram considerados os vetores destacados na parte teórica deste trabalho, a saber: I) Efetividade do processo; II) Princípio da igualdade das partes; III) Princípio da ampla defesa; IV) Princípio do livre convencimento; V) Artigo 130 do Código de Processo Civil. Na seqüência apresentamos dados coletados de processos a fim de correlacioná-los com a fala da juíza.

A entrevista foi concedida na sala de audiências, local onde a juíza despacha os processos e atende aos advogados das partes. Durante o encontro, a entrevistada encarregou-se de garantir que não haveria interferência dos servidores da vara ou de advogados, disponibilizando-se integralmente à entrevista por mais de quarenta minutos e permitindo sua gravação. As perguntas inicialmente formuladas para a realização da entrevista semi-estruturada (*cf.* p. 10- capítulo metodológico) visaram a pôr em pauta os vetores implicados na produção de prova de ofício. E foram moduladas/desdobradas/ remanejadas a partir das colocações feitas pela juíza, como era inerente ao instrumento²⁰ utilizado.

3.2 Descrição dos documentos (processos)

Durante a coleta de dados dos processos da nossa pesquisa, tivemos a necessidade de decidir sobre a forma de apresentação das fontes processuais. Para isso, procedemos a um levantamento piloto, a partir do qual concluímos que seria mais produtivo trazer em nossa discussão dos dados alguns indicativos

²⁰ Nessa análise, as referências à entrevista são feitas conforme sua transcrição que figura no apêndice I.

básicos para localização de cada processo, sem apresentá-los *ipsis literis*. Mesmo ciente de que o discurso reportado já significa uma interferência de interpretação sobre o discurso de outrem, tomamos essa decisão porque a burocracia lingüística, exacerbada nos textos jurídicos encontrados, impedia qualquer recorte. Pois, para que os dados fossem compreendidos, seria indispensável sua cópia integral, o que tornaria o volume de dados desproporcional para esta pesquisa.

Assim, desenvolvemos um modelo de tabela que recorta os elementos descritivos considerados relevantes para os objetivos estabelecidos. Quando pertinente, estabeleceremos um paralelo entre os dados do processo, a entrevista realizada com a juíza da vara cível da comarca de Ipojuca e a nossa leitura integral dos processos – consideramos que a credibilidade da utilização de nossa leitura aqui pode ser conferida pelos elementos descritivos que oferecemos para localização de cada processo analisado.

Nossa tabela se divide em duas colunas, sendo a primeira destinada a descrição das categorias a serem analisadas e a segunda aos dados coletados do processo; contendo ainda seis linhas que foram assim distribuídas: Na primeira linha, trouxemos a denominação da ação judicial movida no processo, que nos pode ser útil para esclarecer que tipo de direito as partes estão digladiando; a segunda linha indica o tipo de objeto que se disputa na demanda judicial; na linha seguinte dispomos a natureza das partes que compõem os pólos da demanda, se física ou jurídica; na quarta linha apresentamos a síntese da peça inicial, ou seja, daquilo que reclama judicialmente a parte autora, e que entendemos imprescindível para a análise dos dados; a quinta linha destinou-se a identificar a representação advocatícia das partes; se particular ou da defensoria pública; por fim, a sexta linha fora reservada à descrição daquelas provas que foram produzidas por determinação do juiz, sem que as partes as tenham requerido.

3.3 Análise dos dados

Num primeiro momento, na análise dos nossos dados, imaginávamos que as perguntas previamente definidas poderiam apontar os vetores indicados de forma

bem individualizada, contudo, a partir das respostas da entrevistada, constatamos que, muitas vezes, eles estão imbricados numa mesma justificativa para produção de prova de ofício. Por isso, a maioria deles permeia cada uma das perguntas/respostas, conforme tabulados a seguir:

VETORES	PERGUNTAS	RESPOSTAS
I) Princípio da Efetividade do processo	4; 9;11	1; 6; 8; 9; 10; 11; 17; 22; 23
II) Princípio da igualdade das partes	1; 2; 17	1; 2; 16; 17
III) Princípio do livre convencimento	4; 5; 18; 19	2; 4; 8; 18; 19; 22
IV) Artigo 130 do CPC	1	1

Quadro 02

I – Princípio da Efetividade do processo

Assim catalogadas, passamos à análise de cada uma das respostas fornecidas pela entrevistada sempre a partir do vetor predominante. Iniciamos pela **efetividade** do processo.

Analisando as colocações da juíza entrevistada, a partir desse primeiro vetor (efetividade do processo), e com base no nosso capítulo teórico, parece-nos que esse vetor é o principal mobilizador da atitude da juíza em determinar provas de ofício. Isso porque, em diversas ocasiões ela enfatiza sua preocupação em julgar o mérito da demanda, entregando a prestação jurisdicional, como identificamos nas citações abaixo:

- (01) Prova documental eu faço requerimento, mando buscar em cartório, mando buscar em vários outros locais onde eu posso instruir esse processo pra que eu possa dá uma decisão de mérito, procedente ou improcedente. (Apêndice I ; linhas 78-81, grifo nosso).
- (02) Por exemplo, eu recebi alguns processos do Rio de Janeiro, sobre acidente de transito, e os advogados andaram levando

fatos de sinistro automobilísticos ajuizados lá no Rio de Janeiro, de pessoas que moravam aqui. Inclusive não sei por que a juíza julgou procedente. Houve recurso da seguradora e o tribunal de lá anulou tudo e determinou que viesse pra cá, mandou pra cá. Mas nesses processos, eu recebi, mas verifico (estão começando agora) que não tem a prova do sinistro, existe só uma declaração. Eu não vou prosseguir. Vou determinar que eles acostem a prova do sinistro - acho que já determinei, pra que eu possa julgar procedente ou improcedente. (Apêndice I; linhas 97-108, grifo nosso).

Nesse contexto, dirigindo uma demanda judicial que se inicia na sua comarca, mas já percorreu duas instancias judiciais em outro Estado da federação, tendo inclusive seu mérito julgado (a parte autora foi vencedora), a magistrada evidencia sua extrema preocupação com a efetividade do processo. Pois, considerando que essa qualidade do processo é a soma da eficácia da norma jurídica que lhe confere esse poder (art. 130, CPC) mais a eficiência da julgadora ao determinar a apresentação da prova do sinistro que gera um processo efetivo.

A **eficácia** do artigo 130 do CPC encontra um campo fértil para produzir seus efeitos (para além do nível formal) nesse caso concreto, porque não há nenhum impedimento de ordem legal, ou sócio-econômico para que ela produza seus melhores efeitos. A prova a ser apresentada se refere a um documento que deve estar nos arquivos da polícia civil²¹ e disponível para qualquer pessoa que tenha interesse em obtê-la, e esse órgão não dificulta sua entrega. Por sua vez, a **eficiência** se identifica na ação da magistrada ao observar que a lacuna existente pela ausência da prova pode comprometer o julgamento da demanda e determina sua apresentação pela própria parte. Pois nesse caso a opção em determinar que a secretaria da vara enviasse ofício à secretaria de defesa social (órgão ao qual estão vinculadas e subordinadas as delegacias de polícia), não se faz necessária em razão da facilidade com que a prova pode ser obtida. Ademais, o acúmulo de atos judiciais a serem cumpridos pelos servidores da secretaria poderia significar maior demora na chegada do documento aos autos.

²¹ A polícia civil é o órgão responsável por registrar ocorrências de acidentes de trânsito.

Por conseqüência, a **efetividade** do processo se apresenta como produto da conjugação da **eficácia** da norma mais a **eficiência** da juíza, pois a previsão de uma norma legal eficaz confere poderes à magistrada para determinar a juntada da prova do fato alegado pelo autor (acidente de transito – sinistro), com sua aplicação da norma (eficiência da juíza).

Na entrevista, a preocupação da juíza com a entrega da prestação jurisdicional efetiva se mostra, ainda, quando ela relata que criou um anexo para garantir andamento mais célere aos processos promovidos pela assistência judiciária gratuita, atenta ao grande número de processos que envolvem partes com situação sócio-econômica menos favorecida, considerando que essa situação pode prejudicar o acesso a Justiça²².

(03) Tanto é que eu criei o anexo só pra agilizar os processos da justiça gratuita, para atender essas pessoas. Acho que você nem sabe disso. A funcionária daqui é quem dirige lá. [...] Criei esse anexo, oficialmente ele não existe, tanto é que a chefe de secretaria é quem assina os atos, mas já vem tudo pronto: ofícios, mandados, já vêm tudo pronto; pequenas sentenças, sentenças simples, já vêm sentenciadas porque eu tenho tudo no arquivo.

Diante disso, parece-nos que a juíza alinha o sentido de ‘justiça’ ao de ‘efetividade do processo’, uma vez que a definição de efetividade do processo aponta sempre para a capacidade que ele tem de transformar o ‘mundo real dos fatos’, e a juíza expressa sua preocupação em entregar a prestação jurisdicional julgando o mérito da demanda – transformando o mundo fático. Para ela uma decisão justa é a que entrega o direito material àquele que tem seu pedido ratificado pelas provas. Por isso se encarrega de determinar provas de ofício a fim de atingir a ‘justiça’. Um processo assim considerado se traduz num processo efetivo, “será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material”, (MOREIRA, 2001, p.6)

²² Aqui o acesso à Justiça é entendido no seu sentido substancial, considerando-se os fatores sócio-econômico das partes na relação processual são evidenciados diversos obstáculos à concretização do direito ao acesso efetivo à justiça: a) o valor das custas processuais; b) o pagamento dos honorários advocatícios; c) o tempo do processo; d) o conhecimento que cada uma das partes tem do direito que postula; entre tantos outros dignos de investigação. Cappelletti (1988).

- (04) Determino. Determino pra que tenha uma decisão de justiça. Se for improcedente porque aquela prova não existia nos autos? Alguma repartição vai me dizer se existe a prova (linhas 117 -220. Grifo nosso).

Dessa colação se infere que se a improcedência de um pedido decorrer da ausência da prova nos autos, sua decisão seria injusta. Justiça é entendida pela julgadora, não como um valor, mas como consequência prática das suas ações.

Em nossas análises podemos observar que a efetividade do processo é também consequência da postura mais ativa do juiz na condução do processo (exigência da doutrina). No caso em análise, a juíza admite essa postura ao atribuir ao juiz o dever de impulsionar o processo, e afirmar que determina provas de ofício e toma decisões de ordens administrativas a fim de obter melhores resultados:

- (05) O juiz tem que impulsionar o processo. O juiz tem obrigação de despachar; obrigação de ver quantos processos tem na secretaria parado, conclusos, e eu tenho obrigação. (linhas 126-131).
- (06) Infelizmente eu não posso usar dessa minha forma de trabalhar porque eu tenho três mil e tantos processos. Mas o que é que eu estou determinando agora. Marta voltou²³, determinei que ela fizesse levantamento de todos os processos de 2005 e 2006 para que a gente extinga ou faça andar; a parte diga se tem interesse ou não tem, se tem, vamos marcar audiência, determinar o próximo ato (linhas 137 - 143).

Por fim, na tentativa de procurar ressonância da fala da juíza nos processos coletados, intentamos estabelecer um diálogo entre os dados de nosso *corpus*. Até aqui analisamos um dos vetores localizados na entrevista, passaremos agora à discussão de um dos processos a ele relacionado.

Categorias	Processo 01- n.º. 424.2009.0000661-1
TIPO DA AÇÃO	Cobrança de seguro obrigatório

²³ Referindo-se a uma servidora que digitava as atas de audiências e estava gozando licença maternidade.

MATÉRIA/OBJETO	Os autores, na qualidade de genitores do indivíduo falecido em decorrência de acidente automobilístico, pleiteiam na justiça cobrança de pagamento de seguro obrigatório (DPVAT) em face de seguradora que teria se negado em pagar o benefício. Cobraram pagamento de 40 salários mínimos. (fls. 02-05)
AUTOR (natureza jurídica)	Pessoa Física (genitores do falecido)
RÉU (natureza jurídica)	Pessoa Jurídica – seguradora
REPRESENTAÇÃO ADVOCATÍCIA	Particular para ambos
PROVA PRODUZIDA DE OFÍCIO	Determinou juntada de boletim de ocorrência lavrado pela polícia civil estadual. (fls.27 despacho inicial do processo de Ipojuca, que ocorreu em 23.04.09).

Tabela 01

O processo acima foi promovido na comarca do Rio de Janeiro e julgado procedente. Porém, uma vez que os autores são residentes e domiciliados na cidade de Ipojuca, na defesa o réu alegou incompetência em razão do lugar. Tendo sido vencido, o réu recorreu ao Tribunal de Justiça daquele Estado, que anulou a sentença, reconheceu a incompetência e determinou a remessa do processo à comarca de Ipojuca. Ao tomar ciência da demanda, no primeiro despacho, a juíza determinou a produção de prova de ofício, a saber: juntada do boletim de ocorrência do acidente (sinistro) lavrado pela polícia civil estadual.

Destacamos que, embora na comarca do Rio de Janeiro tenha havido decisão de mérito em favor do autor, a prova indispensável à comprovação do direito postulado não constava nos autos do processo. A ausência da prova do fato constitutivo do direito do autor implica necessariamente em julgamento do mérito com improcedência do pedido, pois cabe a ele fazer prova do fato constitutivo do seu direito (CPC, art. 233).

Nesse caso, a intervenção da juíza da vara de Ipojuca em determinar a juntada do boletim de ocorrência que comprova o sinistro alegado pela parte autora significa, para nós, indicador da busca da verdade dos fatos. Pois ainda que a prova determinada não venha aos autos, isso se dará em razão da sua inexistência e não por falta de iniciativa da sua parte.

Diante disso, pareceu-nos que a juíza se mobilizou para determinar a produção da prova de ofício com o objetivo de entregar a prestação jurisdicional julgando o mérito da demanda de forma segura, carecendo daquela prova para formar seu livre convencimento.

Confirmando-se assim, como destacaria Marinoni (2005), uma juíza ativa, que mobiliza a prova de ofício para formar seu livre convencimento. Mesmo que, com essa postura, ela corra o risco da demora do processo pela busca de uma prova que pode ser inexistente, cuja constatação - lacuna formal do processo (pela ausência do boletim policial), não traria prejuízo material diverso daquele verificado pela ausência da prova nos autos, pois o desfecho num e noutro caso, seria a improcedência do pedido.

II – Princípio da igualdade das partes

O segundo vetor a ser rastreado na entrevista concedida para esse trabalho é o princípio da igualdade das partes. Embora a entrevistada não se refira expressamente a esse princípio, entendemos que, por diversas vezes, ela afirma ter determinado a produção de prova de ofício e outras providências, sugerindo um movimento que tende a igualar as partes nas diversas demandas judiciais que tramitam na vara que preside. Como destacamos nos fragmentos abaixo transcritos:

(07) Nessa vara, 80% das partes é de pobres, paupérrimos, justiça gratuita. Tanto é que eu criei o anexo só pra agilizar os processos da justiça gratuita, para atender essas pessoas. Acho que você nem sabe disso. A funcionária daqui é quem dirige lá. Tanto é que já tem 1.700 processos. Para que os processos de lá andassem com celeridade. (linhas 09-14, grifo nosso).

A entrevistada inicia sua fala informando que a grande maioria das partes que integram as demandas judiciais da vara é pobre, e por isso criou um “anexo” para garantir que os processos que estejam sob os benefícios da justiça gratuita

sejam impulsionados pela própria secretaria da vara. No processo específico comentado pela juíza a seguir, entendemos que a entrevistada julga *contra legem*, ao aumentar para seis meses o prazo de permanência da ré no imóvel objeto da demanda, quando a lei só garantiria um mês para desocupá-lo (lei inquilinária nº 8.245, de 18 de outubro de 1991). Isso por considerar que a inquilina, ré na ação, precisaria usufruir mais das benfeitorias realizadas e encontrar novo local para se estabelecer.

(08) “E o meu objetivo maior não é aplicação da lei, mas aplicação da justiça. Agora a pouco eu acabei de dizer a uma advogada que a minha sentença que eu acabei de dá, não era só aplicação da lei inquilinária, mas eu tinha que fazer a justiça. [...] Diz a lei, que com trinta dias a mulher deveria desocupar uma lanchonete que ela tem a cinco anos; eu não dei trinta dias, eu dei seis meses [...]. Ela deveria desocupar o imóvel porque não usou do que a lei lhe concede, da renovatória, então eu tinha que fazer justiça pra autora. Mas também além de justiça da autora eu tinha que fazer justiça também pra que ela usufrísse mais dessas benfeitorias, procurasse um ponto quando ela pudesse se estabelecer de novo... seis meses (apêndice 1, linhas 34-36 e 46-51)

Para nós, esse movimento de julgar *contra legem* foi um dos mecanismos utilizados pela juíza para estabelecer a igualdade das partes na relação processual. Isso porque, ao entregar o direito postulado em juízo pela autora, a desocupação do imóvel, ela considera também o direito da outra parte usufruir de um prazo maior para dá continuidade ao seu comércio²⁴.

Quando indagamos se a matéria discutida no processo seria um regente da postura da entrevistada ser mais ou menos formal ela foi enfática respondendo positivamente e ressaltando que a assimetria entre as partes lhe move a produzir a prova de ofício.

²⁴ Nesse movimento, a juíza se alinha à posição do Direito Alternativo, pois, como podemos ver nas palavras de Carvalho (*apud* Aronne, 1996): “*entendendo a lei injusta, (sic) não deve ser aplicada. Evidente que o juiz não é um computador. Deve pensar a lei em todas as suas possíveis interpretações e, não encontrando respaldo para o justo, deve negá-la*” (p.59). Por outro lado, sua atitude também pode ser considerada um movimento convergente com o Direito Positivo, ao articularmos sua decisão ao art. 5º da lei 4.657 – Lei de introdução ao Código Civil, a saber: “*na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum*”

(09) Porque meu objetivo maior é justiça, eu não sou uma juíza muito formal, principalmente quando se trata de processo que não envolva grandes fortunas. Agora, quando se trata de uma decisão onde tem valores consideráveis eu sou estritamente formal [...]. E se o direito for indisponível e a parte não tiver condição de produzir as provas eu vou atrás (linhas 193 -197 e 202 - 203).

Essa postura também sugere que, ao determinar a produção de prova sem requerimento da parte, a fim de garantir a igualdade das partes na relação processual, a juíza reconhece que as técnicas processuais podem servir a funções sociais. Para nós, a igualdade das partes na relação processual como concebida no caso ora examinado é uma discussão que converge para o acesso a justiça, naquilo que Cappelletti (1988), com o propósito de aproximar processo e prestação jurisdicional do cidadão, qualifica como a “terceira onda” do acesso à justiça: a figura do juiz ativo no processo²⁵. E esse caso estudado representa, sem dúvida, o de uma juíza atuante.

A condição socioeconômica das partes, pois, seria um critério que, nas palavras da entrevistada, destaca-se na determinação das provas de ofício. Nesse caso, pareceu-nos que o princípio em tela, a igualdade das partes, estaria submetido a um outro princípio, o do livre convencimento, como podemos destacar nas palavras da juíza:

(10) O valor da causa, principalmente quando se trata de direitos patrimoniais; principalmente de empresas que tem bons advogados e tem condições de arcar com os custos do processo, das provas, eu sou estritamente formal. Não que eu também não busque de ofício determinadas provas, mas sigo o procedimento como a lei diz, na determinação das provas eu sou estritamente formal. Mas quando se trata de processos que não envolvem fortunas, valores consideráveis e as partes não têm como produzir aquelas provas, eu vou atrás. Então já cheguei a telefonar pra pedir a prova por telefone, por ofício. Eu quero é a solução do conflito; a solução do problema; eu quero entregar a prestação jurisdicional de forma que eu me sinta tranqüila. Mas a condição social não impede que eu produza, seja testemunhal, seja documental, mas depois de esgotadas todas as provas produzidas pelas partes, mas se elas

²⁵ A primeira e segunda ondas concebidas por Cappelletti são, respectivamente: a) encontrar meios de facilitar o acesso do cidadão à justiça; b) prestigiar a criação de instrumentos processuais que permitam proteger, de modo eficaz e efetivo, os interesses difusos e coletivos (CAPPELLETTI, 1988).

deixarem de produzir determino também. (linhas 207-219, grifo nosso).

(11) Não vejo as partes. Eu vejo o meu convencimento. Independe de ser a autora rica ou pobre, eu quero é o meu convencimento, eu busco pra isso, porque eu tenho sempre um norte: imparcialidade, justiça e pacificação dos conflitos, são três coisas pra mim, com justiça principalmente (linhas 275-279).

Como podemos observar, a fala da juíza nos remete para mais de um grau de intervenção na produção de provas de ofício: por um lado, ela se diz mais formal quando se trata de demanda judicial que tem como parte empresas patrocinadas por bons advogados e com “condições de arcar com os custos do processo”, ou seja, aqui a sua atitude se mostra como complementar das provas já produzidas pelas partes; por outro lado, ela enfatiza que se as partes não tiverem meios de produzi-las ela “vai atrás”, indicando uma participação mais interventiva na construção do conjunto probatório.

É ainda Cappelletti (1988) que nos ajuda a progredir em nossas análises sobre o princípio em tela, ao destacar que a perfeita igualdade das partes deveria ser expressa pela completa igualdade de armas, o que garantiria que a conclusão final do processo dependeria apenas dos méritos jurídicos de cada parte. Mas essa perfeita igualdade, destaca o autor, seria uma utopia, pois essas diferenças não podem ser completamente erradicadas. Contudo, é esse mesmo autor quem adverte, apesar do reconhecimento dessa utopia processual, os juristas não devem ficar imobilizados, resignando-se sem buscar o efetivo direito ao acesso à justiça, mas avançar na busca do objetivo utópico identificando e minimizando cada um dos obstáculos ao exercício concreto desse direito fundamental constitucionalmente garantido.

Os dados coletados dos processos não permitem a identificação da condição social das partes de forma inquestionável. Uma vez que a igualdade das partes não se traduz apenas na condição social expressa dos litigantes, refletindo-se a partir de outros indicadores como profissão, escolaridade, domicílio, etc., ela constitui-se como uma baliza muito forte para a discussão sobre igualdade das partes. Por isso, para localizar o princípio da igualdade nos processos

selecionados, optamos por buscá-la a partir da representação advocatícia e so objeto levado a litígio os indícios que nos apontam para a presença ou não dessa igualdade. Apresentamos na tabela abaixo a discussão desses indícios:

Proces so	Matéria objeto da Ação	Representação advocatícia
01	Cobrança de seguro obrigatório	Particular (ambos)
02	Divórcio litigioso	Particular (ambos)
03	Ação de guarda	Defensoria Pública (ambos)
04	Interdição – Curatela	Defensoria Pública (ambos)
05	Adoção	Defensoria Pública (ambos)
06	Ação negatória de paternidade	Particular (autor) Réu não citado
07	Usucapião de bem imóvel rural	Particular (autor) Réu incerto
08	Reintegração de posse	Particular (ambos)
09	Liberação de numerário (Alvará judicial)	Defensoria Pública
10	Adjudicação de bem imóvel	Particular (ambos)

Tabela 02

Como podemos visualizar na tabela acima, com exceção dos processos 06 e 07, em que não há controvérsia estabelecida em razão da parte ré ainda não integrar a lide, a representação advocatícia se deu da seguinte forma: quatro processos com representação particular e quatro com a defensoria pública. Considerando que em todos esses processos foi produzida prova de ofício, a pergunta que fizemos inicialmente a esses dados foi: *“o princípio da igualdade era um vetor que mobilizava a produção da prova de ofício?”* Destaque-se, porém, que não identificamos indício de desigualdade entre as partes se considerarmos apenas esse indicador, pois a representação, seja ela pública ou particular, que é variante no conjunto dos processos não varia dentro de um mesmo processo.

Diante disso, partimos para a busca de indícios que contribuíssem para a resposta dessa pergunta em outro indicador, nomeadamente, a matéria objeto da ação judicial veiculada no processo. Conforme discutido no capítulo teórico, esse indicador poderia apontar algumas matérias que apresentam presunção legal de desigualdade entre as partes. Nos dados analisados, a leitura desse indicador (a matéria objeto do litígio), temos a seguinte configuração:

- no processo nº 01, caso da cobrança do seguro obrigatório por morte em acidente de trânsito, identificamos a existência de desigualdade entre as partes na relação processual. Em sua composição, há de um lado os autores, pessoas físicas (genitores do segurado falecido em acidente de trânsito), e de outro, o réu pessoa jurídica (grande empresa de seguros nacionalmente reconhecida). Nessa composição flagramos a desigualdade das partes em, pelo menos, três aspectos, a saber: condição socioeconômica, nível informacional e suporte jurídico. Isso porque nesses aspectos a empresa ré está, reconhecidamente, num patamar mais elevado que as partes autoras.
- no processo nº 02, um caso de divórcio litigioso, a desigualdade das partes já é presumida pela própria lei, que privilegia o foro do domicílio da mulher para processar e julgar demandas que versem acerca de separação judicial e divórcio. Isso ocorre, conforme tratamos no capítulo teórico, porque sendo a mulher considerada a parte mais frágil na relação de direito material, o legislador entendeu que essa fragilidade seria transportada para a relação processual e procurou equipara-la ao homem (ex-marido).
- no processo nº 04, de interdição/curatela (tabela anexa), a desigualdade se configura na medida em que o interesse jurídico em questão envolve constatação judicial de incapacidade para uma das partes gerir os atos da vida civil, e outorga desses poderes a outra parte. Por isso, entendemos que diante da incapacidade jurídica existente (era essa a alegação da parte autora), sua fragilidade em relação à outra também é presumida.

Nos outros processos, não pudemos configurar a igualdade/desigualdade das partes, pois não havia nenhum indício a partir do objeto da demanda que apontasse para a existência desse vetor. Nos casos dos processos de nº 06, 07, 09 e 10, não é possível identificar esses indícios seja porque a parte ré não foi citada, seja porque era incerta, seja porque se tratava de jurisdição voluntária, ou ainda porque a controvérsia não se estabeleceu em razão da anuência do réu ao pedido do autor.

Na busca pela pertinência do princípio em estudo, apesar de constatarmos que a “igualdade das partes” não se configura como vetor determinante para a produção da prova de ofício (nos limites da amostra selecionada nos processos que constituem nosso *corpus*), mas considerando que em todos os processos destacados houve produção de prova de ofício, ficamos com a questão em aberto considerando que a entrevistada sustenta em suas resposta a igualdade das partes como um princípio que daria suporte ao seu livre convencimento²⁶. É o que tentaremos compreender na análise do próximo vetor.

III – Princípio do livre convencimento

Com base no nosso capítulo teórico, pretendemos agora identificar na entrevista que nos fora concedida aquele que indicamos como o terceiro vetor da decisão do juiz determinar produção de prova de ofício – o princípio do livre convencimento do juiz. Seguindo a mesma metodologia até aqui desenvolvida, transcrevemos adiante os fragmentos objetos de nossas análises.

(12) Por exemplo, eu recebi alguns processos do Rio de Janeiro, sobre acidente de trânsito, e os advogados andaram levando fatos de sinistro automobilísticos ajuizados lá no Rio de Janeiro, de pessoas que moravam aqui. Inclusive não sei por que a juíza julgou procedente. Houve recurso da seguradora e o tribunal de lá anulou tudo e determinou que viesse pra cá, mandou pra cá. Mas nesses processos, eu recebi, mas verifico (estão começando agora) que não tem a prova do sinistro, existe só uma declaração. Eu não vou

²⁶ Nossa opção pelos dados da entrevista em detrimento dos dados dos processos se justifica metodologicamente por considerarmos que a fala da juíza se configura como a ‘população total’ enquanto essa última, o recorte dos processos, é apenas uma amostra do universo possível.

prosseguir. Vou determinar que eles acostem a prova do sinistro - acho que já determinei, pra que eu possa julgar procedente ou improcedente. Pra formar o meu convencimento. Têm muitos argumentos lá, documentos que não condiz com o pedido. Qual é a primeira coisa? A prova do sinistro. (Apêndice I; linhas 97-108, grifo nosso).

Nesse fragmento (que já nos serviu de análise para o primeiro vetor) identificamos também, que a entrevistada determinou produção de provas de ofício a fim de formar seu convencimento. Pois os documentos trazidos pela parte autora foram insuficientes para convencê-la do direito pleiteado. Chamou-nos a atenção tratar-se de um processo que já foi julgado em outra comarca e, portanto, as provas que constam nos autos já foram suficientes para formar o convencimento de outra julgadora, porque julgou procedente a demanda, mas foi insuficiente para convencer a entrevistada, que sequer determinou a citação da parte ré, entendendo que o documento ausente era indispensável à propositura da ação, devendo acompanhar a petição inicial em obediência ao disposto no artigo 283 do CPC.

Observe-se que, um mesmo fato (a ausência do documento apto a comprovar o sinistro) tem recepção diferente para diferentes julgadores. Para nós, isso pode demonstrar o caráter subjetivo do convencimento do juiz, e daí a demanda pela produção da prova. Com isso queremos destacar a formação da convicção íntima do julgador, que é oferecido pelo conjunto probatório carreado aos autos, mas construído de forma pessoal pelo juiz, atento à persuasão racional que o sistema processual brasileiro lhe exige, conforme desenvolvemos no capítulo teórico. Nas palavras da entrevistada, destacadas abaixo, essa construção parece ser formada a partir da busca da verdade real, pois num outro fragmento já apresentado anteriormente, o de número onze (p.65), que nos serviu de objeto de análise quando investigamos o princípio da igualdade, ela informa que a verdade sobre esse aspecto também deve ser perseguida no processo civil, e que determina a prova de ofício para “julgar com tranqüilidade”, a seguir:

(13) E eu acho que não é só no processo criminal que eu devo procurar a verdade real. A verdade real para eu julgar com tranqüilidade é também no cível. Por isso que eu uso muito de determinar provas, de ouvir testemunhas (linhas 53-58, grifamos).

Consideramos que a busca pela verdade real a partir dos fatos, trazidos aos autos pelas partes, parece ser o deflagrador da construção do convencimento da julgadora. Sua narrativa indica que os limites dessa verdade não se esgotam nos argumentos das partes. Seu movimento na determinação da produção de provas sem requerimento visa a atingir uma verdade possível, ao entender que uma das suas funções no processo seria reconstruir os fatos trazidos aos autos, e por isso determina a produção da prova.

Assim, ao partir em busca da verdade real dos fatos, a entrevistada admite que a condição socioeconômica das partes não está em primeiro plano quando determina a produção de prova de ofício, pois seu objetivo maior é fundamentar seu livre convencimento. Esclarecendo, ainda, que o princípio da imparcialidade não limita seu poder de produção de prova de ofício, como destacado no fragmento a seguir:

(14) Pra mim não. Não tenho nenhum problema em relação a isso. Porque o que eu busco é a verdade real, e entregar o processo com o meu convencimento sem nenhum constrangimento (linhas 88-91, grifo nosso).

(15) O meu norte é entregar a prestação jurisdicional segundo meu convencimento. Muitas vezes eu passo 15 dias elaborando uma sentença complicada, porque quando você ler todo um processo e começa a sentenciar surgem algumas questões, indagações. Você tem que pesquisar, ver as correntes e se filiar a uma dessas correntes. Então uma sentença complicada eu nunca proloco de uma vez só. Isso também quando eu era juíza do crime. Porque eu acho que você está lidando com questões patrimônio, liberdade, vida; uma sentença pode mudar a vida de uma família. Então eu acho que uma sentença é uma coisa de extrema delicadeza e de extremo cuidado que o juiz deve ter pra prolar uma sentença; não uma sentença simples de desistência isso é outra coisa, mas uma sentença que envolve liberdade, patrimônio, vida ela é muito delicada. (linhas 232 – 243, grifo nosso).

A partir da análise dos dados coletados na entrevista, passamos agora a estabelecer a discussão entre a fala da entrevistada e os dados coletados nos processos, selecionando, para tanto, aqueles que trazem indícios de que o princípio do livre convencimento do juiz é vetor do exercício do seu poder probatório. Iniciaremos pelo processo de número dois, que trata do divórcio litigioso.

Categorias	Processo 02- n.º. 424.2008.000213-7
TIPO DA AÇÃO	Divórcio litigioso
MATÉRIA/OBJETO	O autor promoveu ação contra sua esposa visando ao divórcio, alegando que a ré se negava em divorciar-se dele. Requereu a partilha dos bens.
AUTOR (natureza jurídica)	Pessoa física
RÉU (natureza jurídica)	Pessoa física
REPRESENTAÇÃO ADVOCATÍCIA	Particular para ambos
PROVA PRODUZIDA	Determinou juntada aos autos da escritura do imóvel que o casal pretende partilhar, bem como das três últimas faturas de consumo de energia elétrica, água e guias do IPTU. (fls. 34, em 20.10.08).

Tabela 03

Categorias	Processo 08- n.º. 424.2005.000039-6
TIPO DA AÇÃO	Reintegração de posse
MATÉRIA/OBJETO	A parte autora requereu a reintegração de posse alegando que o réu havia se apossado indevidamente de um lote de terra medindo 12 x 30, de sua propriedade (fls. 02-06).
AUTOR (natureza jurídica)	Pessoa física
RÉU (natureza jurídica)	Pessoa física
REPRESENTAÇÃO ADVOCATÍCIA	Particular para ambos

PROVA PRODUZIDA	Antes do despacho inicial determinou que o cartório fosse oficiado a fim de informar sobre a situação do imóvel. (fls.18, 27.08.09)
------------------------	---

Tabela 04

Os processos acima descritos permitem-nos retomar uma reflexão já feita quando da discussão da entrevista de nosso *corpus* (cf. análise do fragmento 12 da entrevista na p.68). Trata-se da atitude da julgadora em determinar a produção da prova de ofício antes mesmo da citação inicial da parte adversa. No primeiro caso que ora discutimos, o autor postulava a decretação do seu divórcio com a partilha dos bens do casal, dentre eles um imóvel residencial urbano. Contudo, deixou de instruir sua petição inicial com a cópia da escritura do imóvel. No segundo caso descrito na tabela nº 03, submetido à nossa análise, o autor pretendia ser reintegrado na posse de um imóvel que, segundo alegava, foi invadido pelo réu. Aqui, em ambos, como no caso referido anteriormente (fragmento 12), a juíza não dá prosseguimento às etapas do processo (a citação da parte ré e, conseqüentemente, julgamento da lide, com ou sem determinação da partilha do bem ou transferência da posse) pela inexistência de um documento que, para ela, era considerado fundamental nos autos. No primeiro (divórcio litigioso), a conseqüência de ela fazer a partilha dos bens sem que houvesse registro no nome das partes (objeto da determinação da prova de ofício) seria a invalidade da decisão em razão da inexistência da propriedade. No segundo (reintegração de posse), seria a transferência da posse de um para outro, sem que o autor fosse de fato proprietário (o gozo da posse dependeria de prova testemunhal).

No entanto, não estando certa de que o imóvel pertencia ao casal e estava registrado em nome deles no competente cartório (divórcio litigioso); bem como que não havia nenhum gravame transferindo a propriedade, ou mesmo a posse do imóvel (reintegração de posse), a julgadora determinou a juntada aos autos da escritura pública do imóvel num caso, e certidão da situação atual do imóvel, no outro. Para nós, esse é um dos episódios em que fica patente a produção da prova de ofício para o estabelecimento de seu livre convencimento, pois que no

primeiro nenhuma consequência jurídica decorreria para as partes do julgamento sem a prova determinada; e no segundo a instrução processual que ainda estava por vir poderia ser capaz de elucidar os fatos de forma suficiente.

Os próximos casos que destacamos para nossas análises (os processos de nº07, nº09 e nº10) versam respectivamente acerca de 'usucapião', 'liberação de numerários', e 'adjudicação de bem imóvel'. Optamos por agrupá-los aqui em razão de os três apresentarem a peculiaridade de não haver parte adversária, embora por razões diversas.

No processo nº 07, que trata de 'usucapião', as partes autoras promoveram a ação visando a aquisição de propriedade de imóvel rural sob o fundamento de que já detêm a posse do bem há mais de trinta anos, de forma pacífica. Contudo, informaram na ação, desconhecer os legítimos proprietários, deixando a demanda sem composição no pólo passivo.

No processo de nº 09, a autora requereu, na qualidade de viúva, liberação em seu favor de valores deixados por seu marido falecido, como se fosse a única beneficiária, pois instruiu a sua petição inicial apenas com a certidão de óbito do *De cuius* e de casamento com o mesmo²⁷. Esse tipo de processo se caracteriza por apresentar jurisdição voluntária - não haver uma pretensão resistida; o requerente não formula pedido contra outrem e, portanto, não há réu no processo. Denomina-se ainda de jurisdição administrativa.

Por fim, o processo de nº 10 cuida de ação de adjudicação²⁸ de bem imóvel urbano, promovida pelo autor em desfavor do réu, sob alegação de que pactuou contrato de promessa de compra e venda do bem, e tendo cumprido integralmente com sua obrigação de pagá-lo, encontrava-se impedido de transferir a propriedade do imóvel para si em razão de recusa do promitente

²⁷ A lei garante aos beneficiários legais o direito de requerer a liberação de pequenos valores por meio de determinação judicial, com expedição do competente alvará, sem necessidade de inventariar.

²⁸ O ordenamento jurídico brasileiro prevê a aquisição da propriedade meios, dentre uma delas é pela transcrição imobiliária no Registro de Imóveis (arts. 1.227 e 1.245, CC), que pode ser transcritos dentre outras formas, por sentença judicial. A ação de adjudicação tem o objetivo de transferir a propriedade de bem por meio de decisão judicial.

vendedor. Ao ser citado, este se apresentou por meio de peça escrita, não para promover sua defesa (ato processual esperado), mas para anuir ao pleito do autor, descartando, dessa forma, a ocorrência de controvérsia entre as partes, e, portanto, a necessidade da parte autora produzir provas a fim de influenciar a formação do convencimento da juíza. Descrevemos sinteticamente os três casos em questão nas tabelas a seguir:

Categorias	Processo 07- n.º. 424.2007.000700-0
TIPO DA AÇÃO	Usucapião
MATÉRIA/OBJETO	As partes autoras requereram declaração de domínio para o fim de adquirir a propriedade de bem imóvel rural com mais de três hectares de extensão. Alegando a posse mansa, pacífica e ininterrupta por mais de trinta anos (fls. 04-08, e desconhecer o real proprietário.
AUTORES (natureza jurídica)	Pessoas físicas
RÉU (natureza jurídica)	Incerto
REPRESENTAÇÃO ADVOCATÍCIA	Particular
PROVA PRODUZIDA	Determinou expedição de mandado de intimação ao cartório de registro de imóveis para que informe em nome de quem se encontra registrado o imóvel, no despacho inicial que ocorreu em 10.05.07(fl. 67).

Tabela 05

Categorias	Processo 09- n.º. 424.2008.001556
TIPO DA AÇÃO	Liberação de valores depositados por <i>De cuius</i> Alvará judicial
	A parte autora, viúva, requereu liberação, por meio de

MATÉRIA/OBJETO	alvará, de saldo de FGTS, e crédito de consórcio deixados pelo <i>de cuius</i> (fls.02-04).
AUTOR (natureza jurídica)	Pessoa física
RÉU (natureza jurídica)	Jurisdição voluntária
REPRESENTAÇÃO ADVOCATÍCIA	Defensoria pública
PROVA PRODUZIDA	Determinou envio de ofício ao INSS a fim de que aquele órgão da Previdência Social informasse quem era(m) o(s) dependentes do <i>De cuius</i> ; à Caixa Econômica Federal para informar o valor do saldo do FGTS; à Yamaha para informar os créditos existentes em nome do <i>de cuius</i> , em 08.10.08 (fls. 19).

Tabela 06

Categorias	Processo 10- n.º. 424.2008.000895-6
TIPO DA AÇÃO	Ação de adjudicação
MATÉRIA/OBJETO	A parte autora requereu adjudicação de um lote de terreno alegando que o havia adquirido e pago, porém, o promitente vendedor se negava em comparecer ao cartório para efetuar o competente registro de transmissão da propriedade (fls. 02-06).
AUTOR (natureza jurídica)	Pessoa física
RÉU (natureza jurídica)	Pessoa física
REPRESENTAÇÃO ADVOCATÍCIA	Particular para ambos
PROVA PRODUZIDA	Determinou que o autor apresentasse certidão de registro do imóvel emitida pelo competente cartório (fls. 41, em 21.05.09).

Tabela 07

Em todos os três casos acima descritos, destaca-se a extensão da mobilização do exercício dos poderes da juíza em determinar prova de ofício para formular seu convencimento e entregar uma prestação jurisdicional efetiva. Pois embora em nenhum deles houvesse uma pretensão resistida (duas partes disputando o mesmo bem da vida), a juíza determinou produção de diferentes provas em cada um deles, a saber:

- Na tabela 07, observe-se que caberia ao réu apresentar certidão emitida pelo cartório de registro de imóveis atestando a identidade do proprietário do imóvel que pretendia usucapir, pois se trata de documento exigido pelo artigo 283 do CPC (documento essencial). Não tendo feito, se estabeleceu uma lacuna no pólo passivo da demanda, o réu não foi identificado. Nesse caso, a magistrada poderia tão-somente determinar que o autor emendasse a petição inicial (CPC, art.284) apresentando esse documento. Não atendendo o autor a essa determinação, a consequência apresentada pela lei (CPC, art.285, par. único) é o indeferimento da petição inicial, ou seja, extinção prematura do processo (CPC, art. 267-I). Em casos como esses a parte autora pode promover nova ação²⁹, desde que sanada a irregularidade acompanhando a peça processual inicial com a certidão informativa expedida pelo cartório de registro de imóveis. Entretanto, a magistrada determina de ofício produção de prova documental, com envio de ofício àquele cartório a fim de obter a resposta acerca da titularidade da propriedade do imóvel de forma direta. Essa atitude da juíza aponta para uma postura que evidencia a importância que atribui a seu convencimento.
- No caso descrito na tabela 09, a magistrada indica sua insatisfação com a prova produzida pela requerente (certidão de casamento e de óbito do *de cujus*), que demonstravam sua legitimidade para postular em juízo o direito requerido, ao determinar o envio de ofício ao

²⁹ Não há controversa na doutrina acerca dessa possibilidade, eis que a coisa julgada não atingiu o objeto da demanda, mas apenas sua forma, conforme DIDIER (2004).

instituto nacional do seguro social a fim de se assegurar da inexistência de outros dependentes. A consequência dessa inexistência aqui se assemelha ao caso anterior, a petição inicial poderia ser considerada inepta, pois a informação certificada pelo INSS é o único meio (embora não totalmente seguro) que o magistrado tem para entregar o direito pleiteado com 'tranqüilidade' – nas palavras entrevistada (*cf.* fragmento 13, p. 68). Mais uma vez é seu livre convencimento que conduz sua atitude de determinar produção de prova sem que haja movimento das partes nesse sentido.

- Por fim, o caso descrito na tabela de nº 10 chamou-nos a atenção porque a anuência do réu ao pedido do autor poderia ser suficiente para a magistrada deferir o pedido formulado pelo primeiro de transferência da propriedade do imóvel objeto da ação para seu nome, pois não havia disputa judicial nesse sentido. Entretanto, a juíza determinou que o autor apresentasse a certidão de registro do imóvel do bem que ele pretendia adjudicar. Observe-se que diferente do caso 07, usucapião, nesse a determinação da juíza ao mandar transcrever o imóvel para o nome do autor teria a grave consequência de atingir um imóvel de propriedade de terceiros, pois embora essa sentença pudesse ser anulada, uma decisão desse porte traria inúmeros transtornos ao real proprietário. Daí porque, atenta, a juíza cobra à parte autora que apresente a escritura do bem. Outra vez a juíza se lança em busca de provas que fundamente sua segurança na atuação judicante.

Em todos esses casos a postura da magistrada evidencia que sua determinação de produzir provas de ofício foi movida para fundamentar seu convencimento. Independentemente de haver ou não controvérsia estabelecida. O que indica a preocupação da magistrada com a segurança que precisa ter na entrega da prestação jurisdicional.

A terceira categoria que separamos à análise para esse trabalho reuniu os processos que envolvem questões de direito indisponível (família ou da personalidade). Optamos por englobá-los nessa análise em razão da peculiaridade que os envolvem: todos são acompanhados pelo órgão do Ministério Público, que fiscaliza a aplicação da lei ao caso concreto.

Em todos esses processos abaixo descritos, nº 03; nº 05, e nº 06, respectivamente, ação de guarda, ação de adoção e ação negatória de paternidade, a juíza determinou a produção de prova de ofício, em nosso entender, especificamente para fundamentar sua convicção na entrega da prestação jurisdicional pretendida. As respectivas tabelas seguem à análise.

Observamos no caso de nº 03, ação de guarda, que a juíza determinou que o conselho tutelar do município realizasse visitas para identificar como era a relação do menor com a família requerente. Não obstante o estatuto da criança e do adolescente determine um zelo maior do juiz ao entregar a guarda de um menor a quem a requer, pareceu-me que as partes pretendiam formalizar uma situação fática, eis que alegavam já manter a guarda do menor há 12 (doze) anos, e essa alegação poderia ser constatada por ocasião da audiência de instrução, ocasião em que testemunhas poderiam firmar o convencimento da magistrada nesse sentido ou *contrario sensu*.

Categorias	Processo 03- n.º. 424.2005.001796-5
TIPO DA AÇÃO	Ação de guarda
MATÉRIA/OBJETO	As partes autoras requereram a guarda de um menor de doze anos (nascida em 28.08.93) de idade, alegando que desde os dois anos de idade do menor mantêm a guarda de fato.
AUTOR (natureza jurídica)	Pessoa física
RÉU (natureza jurídica)	Pessoa física

REPRESENTAÇÃO ADVOCATÍCIA	Defensoria pública
PROVA PRODUZIDA	Determinou que o conselho tutelar fizesse visitas semanais para avaliar a convivência do adolescente com os guardiões e seus familiares (fls.17, em 23.12.05).

Tabela 08

No segundo episódio, nº 05, ação de adoção, as partes autoras pleiteavam a adoção de uma criança com cinco meses de idade, alegando que já mantinham sua guarda desde seu nascimento. A juíza determinou que as partes arrolassem testemunhas que deveriam ser ouvidas. Esse caso chamou-nos a atenção porque não houve resistência da genitora do menor em entregar seu filho à adoção do casal. E a ocasião de a parte autora arrolar as testemunhas é na petição inicial ou ainda até dez dias antes da audiência designada para esse fim. Contudo, a juíza suspendeu a audiência, e como nosso sistema jurídico processual não permite que o juiz indique as testemunhas, determinou que as partes a arrolassem. Mas uma vez nos leva a conclusão de que seu livre convencimento justifica suas atitudes de buscar a prova.

Categorias	Processo 05- n.º. 424.2004.001345-2
TIPO DA AÇÃO	Adoção
MATÉRIA/OBJETO	As partes requereram adoção de um menor com cinco meses de idade. Alegam que tem a guarda de fato do menor desde seu nascimento, cuja mãe biológica o deu à adoção ainda na maternidade, pois já havia dado à luz oito filhos e dado cinco para adoção. (fls. 02 a 05).

AUTOR (natureza jurídica)	Pessoa física
RÉU (natureza jurídica)	Pessoa física
REPRESENTAÇÃO ADVOCATÍCIA	Assistência judiciária municipal
PROVA PRODUZIDA	Determinou que as partes requerentes arrolassem testemunhas, na audiência de instrução que ocorreu em 13.05.08 (fls.27).

Tabela 09

Nesse último caso, a parte autora negando a paternidade de dois menores, pretendia anular os respectivos registros civis de nascimentos. Ocorre que o autor so juntou aos autos apenas um laudo de exame de DNA referente ao primeiro réu. Nesse caso, a juíza determinou que fosse apresentado o exame relativo ao segundo réu. Embora sequer tenha havido a citação dos menores na pessoa da sua genitora. Não obstante na natureza da demanda, esse episódio nos leva a crer que a matéria não é critério utilizado pela magistrada para determinar prova de ofício. A tabela abaixo descreve esse caso.

Categorias	Processo 06- n.º. 424.2007.002177-1
TIPO DA AÇÃO	Ação negatória de paternidade
MATÉRIA/OBJETO	A parte autora requereu a anulação dos registros de nascimento de duas crianças, alegando que efetuou o registro dos menores como se seus filhos fossem porque foi induzido a erro.
AUTOR (natureza jurídica)	Pessoa física
RÉU (natureza jurídica)	Pessoa física
REPRESENTAÇÃO	Particular

ADVOCATÍCIA	
PROVA PRODUZIDA	Determinou apresentação de laudo de DNA de um dos filhos, já que o autor apresentou só de um, em 30.04.09 (fls.22).

Tabela 10

Na tentativa de concluir a análise dos dados coletados na entrevista concedida pela juíza, passaremos no próximo item, a buscar indício na sua fala acerca daquele que chamamos de quinto vetor da produção de prova de ofício.

IV-Artigo 130 do CPC

Assim como construímos nesse trabalho a hipótese de que os princípios da efetividade do processo, da igualdade das partes e do livre convencimento poderiam ser vetores da atitude do juiz determinar produção de prova de ofício, também incluímos nesse rol a previsão legal, que para fins desse trabalho foi representado pelo artigo 130 do código de processo civil.

Em resposta a primeira pergunta, que versou acerca do entendimento da entrevistada quanto a essa norma jurídica, sua resposta se dirigiu à limitação do artigo legal, e não a sua potencialidade, conforme abaixo transcrita:

(16) Desde que eu respeite o princípio da imparcialidade, não vejo limites a partir dessa norma (linhas 06-07).

A resposta imediatamente acima descrita, aliada a 09 (p.68) nos faz entender que a juíza não enfatiza o aspecto positivista da lei, pois tendo informado que não é uma juíza formal, alinha essa formalidade à aplicação da letra da lei. E sua resposta não enuncia ser o comando legal um imperativo a ser obedecido, cuja limitação à sua aplicação cabe apenas a observância do princípio da imparcialidade. Evidencia que não busca a aplicação da lei, mas da justiça.

4. CONCLUSÃO DOS DADOS

Objetivamos, nessa pesquisa, identificar alguns critérios que mobilizam a produção da prova de ofício na vara cível da comarca de Ipojuca-PE. Não pretendíamos, contudo, abordar todos os aspectos dessa produção, mas tão somente compreender um caso em que o juiz exercesse o poder-dever de interferir diretamente na produção de provas, destacando alguns dos elementos constitutivos do exercício desse poder-dever nos limites de nossa amostra.

Para atingir nosso objetivo, baseamos nosso *corpus* na palavra da juíza da vara cível da comarca de Ipojuca, através de uma entrevista semi-estruturada, e em estudos de casos coletados de uma amostra de alguns processos da mesma vara e comarca, em que se configurasse a produção da prova de ofício (no total de 10 processos). Para a construção de nossos procedimentos de análise, valemo-nos dos fundamentos da teoria da prova, dos princípios constitucionais processuais, e das previsões infraconstitucionais acerca do tema. Também dá suporte a nossas análises o debate já estabelecido sobre o juiz e a prova, e sua postura mais ativa no comando do processo. Por isso concluímos parcialmente:

- a juíza da vara cível da comarca de Ipojuca atende as expectativas teóricas e a as demandas da prática, se apresentando como uma julgadora ativa – que determina a produção de prova de ofício e entrega a prestação jurisdicional, esgotando a busca pela verdade possível ao entender que a aplicação da justiça vai além da aplicação dogmática da lei.
- A produção de provas de ofício realizada na vara cível da comarca de Ipojuca pode ser complementar – após produção realizada pelas partes, mas pode ser determinada ainda antes de se estabelecer o contraditório no processo;

- A juíza determina produção de provas de ofício ainda que a jurisdição não seja contenciosa;
- Para nós, os vetores da juíza entrevistada ao determinar a prova de ofício são os princípios da efetividade do processo e do livre convencimento do juiz.
- O comando legal infraconstitucional é mobilizado para fundamentar seu livre convencimento. Como demonstramos no quadro 02 (p.65), segundo dados da entrevista, não foi a lei o suporte mais significativo para a determinação da prova de ofício no caso estudado – a discussão dos processos também confirmou que ela não é formalista.
- Consideramos, ainda, que toda mobilização empreendida pela juíza na construção do seu livre convencimento visa a atingir a tranqüilidade necessária à entrega da prestação jurisdicional de um processo efetivo, com economia processual e atendendo aos escopos da jurisdição, a saber:
 - I) no sentido político, enfatizando que o Estado é capaz de dirimir os conflitos levados a júizo, quando busca a verdade para além do comprovado pelas partes;
 - II) no sentido jurídico, quando julga com vistas à atender os princípios processuais constitucionais da efetividade do processo;
 - III) no social, quando conscientiza aos indivíduos que tem a proteção do Estado se seu direito for lesado ou ameaçado de lesão não apenas no sentido formal, bem como que o judiciário não se presta à aventuras jurídicas e o conjunto probatório será conduzido de perto pela dirigente do processo – a juíza.

Trouxemos aqui, as conclusões dos limites à aplicação dos poderes probatórios do juiz, a partir os dados coletados na pesquisa de campo. Pois embora

não fosse objeto desse trabalho a análise desses limites, descritos no capítulo teórico, entendemos ser pertinente sua abordagem nesse momento.

A entrevista que nos fora concedida pela magistrada e os processos selecionados na vara cível que nos serviu de população, contribuíram para concluirmos alguns dados acerca das limitações que o juiz tem ao determinar a prova de ofício. Achamos pertinente trazer à discussão a fala da juíza no que se refere àqueles que os teóricos chamam de limitadores, a saber: I) princípio da imparcialidade do juiz; e II) princípio dispositivo. Passemos a eles.

I) Princípio da imparcialidade

Para a magistrada entrevistada, o princípio da imparcialidade do juiz não afeta seu poder-dever de determinar a produção de ofício. Pois seu objetivo é atingir a verdade, que para ela é real também no direito processual civil, e não apenas formal. Essa conclusão se extrai dos fragmentos 13, 14 e 15 da sua fala já analisados, p. 69.

II) Princípio dispositivo

O princípio dispositivo também não se apresenta como limitador do uso dos poderes probatórios da magistrada. Ela entende que cabe ao juiz impulsionar o processo. Embora reconheça suas limitações, como identificamos nos fragmentos 05 e 06 já analisados para outros dados.

Chegamos a toda essa conclusão, nos limites de nosso *corpus*, após a leitura que fizemos dos dados da pesquisa segundo os princípios constitucionais processuais e da legislação infraconstitucional recortados em nossas análises. Impulsionada por uma pergunta que, aparentemente óbvia, e que pode fazer render nossas reflexões aqui, tem nos inquietado ao longo de nossa prática acadêmica/profissional, a saber: uma lei seria capaz de ser aplicada e produzir seus melhores efeitos do órgão julgador? Como pergunta retórica que é, sua

resposta é não. Mas ela nos serve para ressaltar que a lei é feita por homens, aplicadas por homens historicamente situados, num contexto dado, em favor de sujeitos que atuam em condições materiais, objetivas e simbólicas específicas. “Julgadores passivos exacerbam claramente o problema da ineficácia da norma jurídica, sobretudo quando deixa às partes a tarefa de obter e apresentar as provas, desenvolver e discutir a causa” (CAPPELLETTI, 1988).

Vale ressaltar, no entanto, que as ações de qualquer juiz não se constroem como decorrência automática da sua vontade política, de seu respeito ao ordenamento jurídico e de sua sensibilidade às demandas sociais. É mister que a estrutura física e humana dê suporte às demandas do exercício da judicatura. É pública e notória a necessidade de investimentos na estrutura física dos fóruns, especialmente na região metropolitana e no interior do estado (há exceções, claro). No caso estudado, ousamos dizer, a despeito das lacunas na estrutura física da vara, que o corpo de servidores se destaca por sua dedicação – isso ficou evidenciado em nossas visitas ao campo de pesquisa.

Ao utilizar os poderes probatórios o juiz não se coloca na posição de advogado de uma das partes, pois por mais que exista a previsão legal de efetividade do processo ela não se alcança apenas com leis, ou seja, a existência ou não de uma norma jurídica eficaz não é condição suficiente para que exista a entrega da prestação jurisdicional efetiva, é condição necessária, mas não suficiente. Seu complemento essencial ocorre por ocasião da sua aplicação ao caso concreto.

Entendemos que essa postura do magistrado é necessária, num país como o nosso, em que o acesso à justiça não é contemplado em sua inteireza, a informação não está igualmente distribuída, e aquele que seria a ponte entre o jurisdicionado e o judiciário – o advogado – nem sempre se apresenta com o preparo necessário. A defensoria pública que, por sua vez, foi idealizada pelo legislador constituinte para oferecer a garantia constitucional do integral acesso à justiça, por diversos motivos, não tem dado conta da demanda.

4.1. Considerações finais

Perquirimos, aqui, ressaltar nosso olhar de pesquisadora mais do que o de advogada ou o de jurisdicionada. Como pesquisadora, intentamos encontrar respostas que nos fizessem compreender uma das facetas da judicatura, a partir da proposição de questões que tocam a recepção do agir da magistrada, buscando alinhar minha atuação com a dos cidadãos que não participam dos bastidores do processo, mas que são, deveras, os seus destinatários. Por outro lado, como advogada atuante, parto do princípio de que requeiro às provas que entendo necessárias para a garantia da efetividade do processo no qual milito. E, por isso, poderia até ser beneficiada com a omissão do juiz na produção de provas. Mas, na qualidade de jurisdicionada, espero que o Estado entregue a prestação jurisdicional de forma efetiva, o que, para fins desse trabalho, significa esgotar a busca das provas existentes. Essas são as condições, mas também os limites, do olhar de qualquer pesquisador que faça a auto-crítica de suas condições de ação no campo investigativo. Com isso, queremos ressaltar aqui que entendemos o processo de pesquisa para além da ação isenta, implicado e modalizado pelo sujeito que a exerce. Procuramos, contudo, a partir dessa auto-crítica, adiantar e sanar os possíveis problemas daí decorrentes, mas temos consciência de que alguns deles só poderão ser apontados por um olhar externo. Faremos a seguir, uma auto-avaliação de nossa caminhada nessa empreitada.

Fomos advertidas pela leitura da obra “Como se faz uma tese” de Humberto Eco de que corríamos sérios riscos optando por uma pesquisa empírica no Direito, nas condições em que nos encontrávamos. Entretanto, o desejo de alinhar a teoria da academia com a prática dos tribunais nos seduziu em grau maior e nos lançou até aqui.

Um levantamento preliminar no banco de teses e dissertações do portal da Capes, nos permite dizer que a execução da pesquisa empírica nos cursos de Direito no Brasil ainda se demonstra escassa. Essa constatação serviu para a pesquisadora desse trabalho como um estímulo desafiador. Mas temos consciência

de que desenvolver a empiria nessa ciência não é tarefa fácil. Tanto que enfrentamos diversas dificuldades, dentre as quais:

- a) Não há estatística realizada nas secretarias das varas onde se desenvolveu a coleta de dados; o que dificultou sobremaneira os trabalhos, uma vez que não há como identificar os processos julgados por matéria;
- b) Não há espaço físico na secretaria da vara para que os processos sejam manuseados a fim de se extrair os dados;
- c) As especificidades da linguagem dos operadores do direito, como presente nos processos objetos de nossas análises, nos impediu de trabalhar com o texto na forma como inicialmente pretendíamos na sua integralidade, o que nos obrigou a reportá-lo;
- d) A falta de tradição com a pesquisa empírica na nossa área nos conduziu por um território atraente, pelo desafio, mas árduo, pois demandou um esforço próprio dos terrenos áridos.
- e) Somente ao fim dessa pesquisa identificamos a necessidade de alinhar os poderes probatórios do juiz a outros princípios, como o da ampla defesa. Considerando-se que a posição do juiz determinar produção de prova de ofício pode significar ampliação da defesa da parte na relação processual.

Por fim, o processo da pesquisa mostrou-se produtivo para nossa formação, sobretudo pela única certeza que alcançamos: muitos caminhos se abrem a partir daqui, e o mérito maior desse trabalho é o de nos remeter a novo horizonte a partir do qual outros se descortinarão.

5. REFERÊNCIAS

ARONNE, Ricardo. **O princípio do livre convencimento do Juiz**. Porto Alegre: Fabris, 1996.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços. Discursos, orações e conferencias**. Tomo II. São Paulo: Iracema, 1966.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos – **Poderes instrutórios do Juiz**. 3. ed., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BRASIL, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - **Código de Processo Civil Brasileiro** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. **A prova civil**. 4ª ed. Campinas: Brookseller, 2005 (1914).

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. 1988. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini, Dinamarco, Cândido Rangel – **Teoria Geral do Processo**. 21ª ed. São Paulo, Malheiros, 2005 **VER CITAÇÃO**.

DRUCKER, Peter Ferdinand – **A nova era da administração**; 1909, tradução de F. R. Nicickelson Pellegrini. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1986.

_____ 1967 – **O gerente eficaz**, 1967, tradução de F. R. Nicickelson Pellegrini, 4ª. ed. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1974.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GOMES, Sergio Alves – **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro : Renovar, 2004.

LOPES, João Batista. **Efetividade da tutela jurisdicional à luz da constitucionalização do processo civil**. In: *Revista de Processo*, 116, julho/agosto, p. 30, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. **Poderes do juiz no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

MENDONÇA JÚNIOR, Deslosmar. **Princípios da Ampla Defesa e da Efetividade no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa - **A duração dos Processos: Alguns Dados Comparativos**, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 5, n.29, mai./jun. 2005, p. 29-36.

_____ **A igualdade das partes no processo civil**, *in* temas de Direito Processual, 4ª série, São Paulo, Saraiva, 1989.

_____ **Temas de direito processual: terceira série**. São Paulo: Saraiva, 1984. p.43.

_____ **Por um Processo Socialmente Efetivo** - *Revista síntese de Direito Civil e Processo Civil*, v. 1, nº1, set./out., 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 6. ed. ver. Ampl. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: RT, 2002.

OLIVEIRA. Álvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais**. In: **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 263-264.

_____ **Do formalismo no processo civil**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 84.

PASSOS, J.J. Calmon de – **Cidadania e Efetividade do Processo** - Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil – Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, set./out., 1999.

POLITO, André Guilherme. **Michaelis: Pequeno dicionário italiano-português, português-italiano**. São Paulo: Melhoramentos, 1993.

ROCHA, José de Albuquerque. **Hermenêutica constitucional e judiciário**. Gênesis: Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, n. 17, p. 521 -530, jul.-set/2000. – Teoria Geral do Processo. 4. ed. ver. Atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Prova judiciária no cível e comercial**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1970.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6 ed. 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 82-83.

SILVA, Ouvídio Baptista. **Curso de processo civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, **Curso de Direito Processual Civil**, vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1999.

_____, **Os poderes do juiz em face da prova**. v. 263, p. 39-47, jul./set. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1978.

TUBINO, Manoel José Gomes – **Eficiência e eficácia nas universidades: estudo de uma teoria sistêmica para as decisões administração**, São Paulo, 1939.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Constituição como reserva de justiça**. N. 42, p. 53-97, São Paulo: Lua Nova, 1997.

VETOR, disponível em http://www.geocities.com/raptor_taw/Glossario, acessado em 20.07.2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **O contempt of court na recente experiência brasileira – Anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais**. Revista de Processo, São Paulo : Revista dos Tribunais, ano 30, n. 119, janeiro 2005, p 34-49.

APÊNDICE

Transcrição da entrevista concedida pela juíza da vara cível da comarca de Ipojuca – Estado de Pernambuco

01 **01 - Pesquisadora (Pesq.) - Dra. nosso trabalho versa**
02 **acerca dos poderes que o juiz tem de determinar provas**
03 **de ofício. Como a Sra. entende o comando do artigo 130**
04 **do CPC no que se refere a determinação da prova de**
05 **ofício?**

06

07 Entrevistada (Entr.) - Desde que eu respeite o princípio da
08 imparcialidade, não vejo limites a partir dessa norma.

09

10 Nessa vara, 80% das partes é de pobres, paupérrimos, justiça
11 gratuita. Tanto é que eu criei o anexo só pra agilizar os
12 processos da justiça gratuita, para atender essas pessoas. Acho
13 que você nem sabe disso. A funcionária daqui é quem dirige lá.
14 Tanto é que já tem 1.700 processos. Para que os processos de lá
15 andassem com celeridade. Aqui ficam só os processos que têm
16 advogado constituído. Não é que os daqui vão andar tão
17 devagar, mas pra dá celeridade aos diversos tipos de processos.

18 Criei esse anexo, oficialmente ele não existe, tanto é que a chefe
19 de secretaria é quem assina os atos, mas já vem tudo pronto:
20 ofícios, mandados, já vêm tudo pronto; pequenas sentenças,
21 sentenças simples, já vêm sentenciadas porque eu tenho tudo no
22 arquivo. Eu cheguei aqui em 2000 e a partir daí eu fui criando
23 um arquivo, eu tenho diversos tipos de despachos, diversos tipos
24 de sentenças, tudo já do meu arquivo. Muitas vezes eu digo: é
25 aquela sentença. Tiro no papel borrão, corrijo ali alguma coisa e

26 a funcionária já faz.

27 Então eu acho que é a imparcialidade. Desde que o juiz tenha
28 essa imparcialidade, eu também busco... eu nessa vara eu busco
29 a solução dos conflitos. E o meu objetivo maior não é aplicação
30 da lei, mas aplicação da justiça.

31 Agora a pouco eu acabei de dizer a uma advogada que a minha
32 sentença que eu acabei de dá, não era só aplicação da lei
33 inquilinária, mas eu tinha que fazer a justiça.

34

35 Diz a lei, que com trinta dias a mulher deveria desocupar uma
36 lanchonete que ela tem a cinco anos; eu não dei trinta dias, eu
37 dei 6 meses.

38

39 **02 - (Pesq.) A Sra. entende que deve julgar *contra legem***
40 **para atingir a justiça?**

41

42 (Entr.) Não é *contra legem*, porque eu aplico a lei, eu apliquei a
43 lei inquilinária. Ela não usou do prazo de seis meses que era pra
44 ajuizar a renovatória entendeu? Então eu apliquei a lei até onde
45 eu pude. Era um comercio, uma lanchonete que ela fez
46 benfeitorias, fez o ponto, então uma denuncia vazia de repente
47 ela sair sem ter tudo isso, não. Ela deveria desocupar o imóvel
48 porque não usou do que a lei lhe concede, da renovatória, então
49 eu tinha que fazer justiça pra autora. Mas também além de
50 justiça da autora eu tinha que fazer justiça também pra que ela
51 usufruísse mais dessas benfeitorias, procurasse um ponto
52 quando ela pudesse se estabelecer de novo, seis meses.

53 E eu acho que não é só no processo criminal que eu devo
54 procurar a verdade real. A verdade real para eu julgar com
55 tranqüilidade é também no cível. Por isso que eu uso muito de
56 determinar provas, de ouvir testemunhas.

57

58 **03 - (Pesq.) Determinar provas de ofício? A Sra. então**
59 **utiliza?**

60

61 (Entr.) Sim

62

63 **04 - (Pesq.) A Sra. entende que a aplicação dos poderes**
64 **probatórios pode contribuir para a efetividade do**
65 **processo?**

66

67 (Entr.) Contribui e contribui para o convencimento do juiz. Pelo
68 menos pra mim.

69

70 **05 - (Pesq.) Então como a Sra. vê a relação do seu livre**
71 **convencimento e a produção de provas de ofício?**

72

73 (Entr.) A minha prova de ofício é mais uma complementação das
74 provas que as partes produziram.

75

76 **06 - (Pesq.) E se as partes deixarem de produzir a Sra.**
77 **determina a prova, ainda que não seja pra complementar?**

78

79 (Entr.) Prova documental eu faço requerimento, mando buscar
80 em cartório, mando buscar em vários outros locais onde eu
81 posso instruir esse processo pra que eu possa dá uma decisão de
82 mérito, procedente ou improcedente.

83

84 **07 - (Pesq.) A Sra. entende que determinando essas**
85 **provas de ofício pode ferir o princípio da imparcialidade?**

86

87 (Entr.) Pra mim não. Não tenho nenhum problema em relação a

88 isso. Porque o que eu busco é a verdade real, e entregar o
89 processo com o meu convencimento sem nenhum
90 constrangimento.

91

92 **08 - (Pesq.) Para a Sra. o objeto da prova é os fatos**
93 **pretéritos ou os fatos alegados pelas partes?**

94

95 (Entr.) Os fatos alegados na inicial. Eu tenho que decidir dentro
96 de um processo. Tanto é que você não pode mudar o pedido
97 depois. É até proibido né ? A lei veda isso. Então eu parto dos
98 fatos. Por exemplo, eu recebi alguns processos do Rio de Janeiro,
99 sobre acidente de transito, e os advogados andaram levando
100 fatos de sinistro automobilísticos ajuizados lá no Rio de Janeiro,
101 de pessoas que moravam aqui. Inclusive não sei por que a juíza
102 julgou procedente. Houve recurso da seguradora e o tribunal de
103 lá anulou tudo e determinou que viesse pra cá, mandou pra cá.
104 Mas nesses processos, eu recebi, mas verifico (estão começando
105 agora) que não tem a prova do sinistro, existe só uma
106 declaração. Eu não vou prosseguir. Vou determinar que eles
107 acostem a prova do sinistro - acho que já determinei, pra que eu
108 possa julgar procedente ou improcedente. Pra formar o meu
109 convencimento. Têm muitos argumentos lá, documentos que não
110 condiz com o pedido. Qual é a primeira coisa? A prova do
111 sinistro.

112

113 **09 - (Pesq.) Nesse caso de ausência de prova do sinistro,**
114 **se alegado pela parte autora, o resultado que a lei impõe é**
115 **o julgamento improcedente³⁰. A Sra. não julga assim, mas**
116 **determina a produção da prova?**

117

³⁰ Artigo 333 do CPC

119 (Entr.) Determino. Determino pra que tenha uma decisão de
120 justiça. Se for improcedente porque aquela prova não existia nos
121 autos? Alguma repartição vai me dizer se existe a prova.

122

123 **10 - (Pesq.) Quanto ao princípio dispositivo a Sra. entende**
124 **que ele limita os poderes do juiz produzir provas?**

125

126 (Entr.) Não adiro a essa corrente que entende que cabe as
127 partes impulsionar o processo. O juiz tem que impulsionar o
128 processo. O juiz tem obrigação de despachar; obrigação de ver
129 quantos processos tem na secretaria parado, conclusos, e eu
130 tenho obrigação. E quando eu vejo que o processo é muito
131 antigo eu intimo as partes para dizer se tem interesse no
132 prosseguimento.

133

134 **11 - (Pesq.) Como A Sra. vê essa vossa obrigação de**
135 **impulsionar os processos e o número de processos que há**
136 **na secretaria?**

137

138 (Entr.) Infelizmente eu não posso usar dessa minha forma de
139 trabalhar porque eu tenho três mil e tantos processos. Mas o que
140 é que eu estou determinando agora. Marta voltou³¹, determinei
141 que ela fizesse levantamento de todos os processos de 2005 e
142 2006 para que a gente extinga ou faça andar; a parte diga se
143 tem interesse ou não tem, se tem, vamos marcar audiência,
144 determinar o próximo ato.

145

146 **12 - (Pesq.) Além de ser titular dessa vara a Sra. acumula**
147 **outra?**

148

³¹ Referindo-se a uma servidora que digitava as atas de audiências e estava gozando licença maternidade.

149 (Entr.) No momento acumulo a vara criminal, que é transitório,
150 só nas férias do juiz. Esse ano já é a segunda férias da juíza
151 criminal. E no eleitoral, que também é transitório, em março
152 termina. Sou diretora do fórum.

153

154 (Entr.) Cheguei na comarca em 2000, era comarca de primeira
155 entrância, vara única.

156

157 **13 - (Pesq.) Como a Sra. tem percebido a produção de**
158 **prova de ofício nessa comarca?**

159

160 (Entr.) A substituição é um negócio muito delicado. Porque eu
161 não vou mudar os métodos da vara que eu estou
162 transitoriamente ali. Vara criminal, se for um processo antigo
163 que o réu esteja preso é perdido entrar com pedido de liberdade
164 provisória, porque eu não vou liberar. Eu acho que isso é uma
165 decisão do juiz titular, que fez a instrução, que conhece o
166 processo, então é perdido.

167 Quando se trata de processos novos que eu recebo, então eu me
168 sinto mais a vontade pra decidir; posso decretar a preventiva,
169 posso revogar prisão provisória; posso conceder a liberdade
170 provisória, mas eu me sinto limitada na vara em que eu estou
171 transitoriamente substituindo.

172

173 **14 - (Pesq.) E no que se refere aos colegas que a**
174 **substitui?**

175

176 (Entr.) Eu acho que eles usam exatamente como eu faço. É uma
177 substituição limitada. Não é que eu não prolate sentença. Prolato
178 sentença. Faço instrução, designo audiência. Limitados, do
179 mesmo jeito eles fazem. O juiz se sente mais a vontade na sua

180 vara.

181

182 **15 - (Pesq.) Com relação aos poderes probatórios do juiz**
183 **como a Sra. entende a aplicação deles para a garantia da**
184 **ampla defesa?**

185

186 (Entr.) Se entra um documento novo, requerido por mim, ambas
187 as partes vão ter ciência desse documento e vão falar.

188 A ampla defesa tem que existir, mas tem que se ater ao que a lei
189 determina. Elas vão falar né? Então eu não estou tolhendo o
190 direito de ninguém, estou buscando a aplicação da lei e estou
191 buscando a justiça. Porque meu objetivo maior é justiça, eu não
192 sou uma juíza muito formal, principalmente quando se trata de
193 processo que não envolva grandes fortunas. Agora, quando se
194 trata de uma decisão onde tem valores consideráveis eu sou
195 estritamente formal.

196

197 **16 - (Pesq.) A matéria discutida no processo seria um**
198 **regente da vossa postura ser mais ou menos formal?**

199

200 (Entr.) Sim. E se o direito for indisponível e a parte não tiver
201 condição de produzir as provas eu vou atrás.

202

203 **17 - (Pesq.) A condição socioeconômica das partes é o**
204 **critério que a Sra. utiliza?**

205

206 (Entr.) O valor da causa, principalmente quando se trata de
207 direitos patrimoniais; principalmente de empresas que tem bons
208 advogados e tem condições de arcar com os custos do processo,
209 das provas, eu sou estritamente formal. Não que eu também não
210 busque de ofício determinadas provas, mas sigo o procedimento

211 como a lei diz, na determinação das provas eu sou estritamente
212 formal. Mas quando se trata de processos que não envolve
213 fortunas, valores consideráveis e as partes não têm como
214 produzir aquelas provas, eu vou atrás. Então já cheguei a
215 telefonar pra pedir a prova por telefone, por ofício. Eu quero é a
216 solução do conflito; a solução do problema; eu quero entregar a
217 prestação jurisdicional de forma que eu me sinta tranqüila. Mas a
218 condição social não impede que eu produza, seja testemunhal,
219 seja documental, mas depois de esgotadas todas as provas
220 produzidas pelas partes. Mas se elas deixarem de produzir
221 determino também.

222

223 **18 - (Pesq.) E quando a Sra. elabora seu livre**
224 **convencimento o faz para uma questão pessoal, se**
225 **preocupa com as partes, ao Tribunal, a sociedade, o lhe**
226 **serve de norte?**

227

228 (Entr.) Pra mim, jamais. O Tribunal eu acho que é irrelevante pra
229 mim dá uma decisão. Aliás, eu tenho 10 anos de carreira, não
230 me recordo de nenhuma sentença reformada; mas se houver
231 isso também não vou ter nenhum problema. Fui advogada 10
232 anos, promotora 4, e quando necessitava eu recorria; é um
233 direito do advogado. Eu fico até mais tranqüila que ele recorra
234 em questão mais complexa, pra que o tribunal ratifique ou
235 reforme. Eu não tenho nenhum problema. O meu norte é
236 entregar a prestação jurisdicional segundo meu convencimento.
237 Muitas vezes eu passo 15 dias elaborando uma sentença
238 complicada, porque quando você ler todo um processo e começa
239 a sentenciar surgem algumas questões, indagações. Você tem
240 que pesquisar, ver as correntes e se filiar a uma dessas
241 correntes. Então uma sentença complicada eu nunca prolo de

242 uma vez só. Isso também quando eu era juíza do crime. Porque
243 eu acho que você está lidando com questões patrimônio,
244 liberdade, vida; uma sentença pode mudar a vida de uma
245 família. Então eu acho que uma sentença é uma coisa de
246 extrema delicadeza e de extremo cuidado que o juiz deve ter pra
247 prolatar uma sentença; não uma sentença simples de desistência
248 isso é outra coisa, mas uma sentença que envolve, liberdade,
249 patrimônio, vida ela é muito delicada.

250

251 **19 - (Pesq.) Já ocorreu de ao sentenciar a Sra. não sentir**
252 **que seu convencimento está formado, e converter em**
253 **diligência e determinar alguma prova?**

254

255 (Entr.) Eu acho que uma duas ou três vezes eu fiz isso, eu achei
256 que falta alguma coisa, e aí reabri de novo, requeri a prova, ou
257 determinei que as partes falassem, e umas duas ou três vezes já
258 aconteceu isso.

259

260 **20 - (Pesq.) Quando a Sra. advogava em que área atuava?**

261

262 (Entr.) Eu era do interior né? Clínica geral. Atuava em todas as
263 áreas.

264

265 **21 - (Pesq.) Mas a Sra. advogava pra empresas ou era**
266 **envolvida mais com as pessoas que tinham menos**
267 **condições sociais?**

268

269 (Entr.) Não, eu tinha clientes bancos, caixa econômica federal
270 banco do Brasil, mais empresas assim, poucas. Era mais crime,
271 no interior é mais família.

272

273 **22 - (Pesq.) Há uma corrente doutrinária que defende que**
274 **quando o juiz determina a prova de ofício poderia estar**
275 **sendo parcial porque essa prova contribuiria para "A" e**
276 **não "B" sair vencedora...**

277

278 (Entr.) Não vejo as partes. Eu vejo o meu convencimento.
279 Independe de ser a autora rica ou pobre, eu quero é o meu
280 convencimento, eu busco pra isso, porque eu tenho sempre um
281 norte: imparcialidade, justiça e pacificação dos conflitos, são três
282 coisas pra mim, com justiça principalmente.

283

284 **23 - (Pesq.) A sentença justa seria aquela dada de acordo**
285 **com o conjunto probatório trazido aos autos?**

286

287 (Entr.) Exato. E que eu acho que se procedente pra o réu é
288 porque ele realmente tem esse direito.

289

290 **24 - (Pesq.) Nunca aconteceu de o conjunto probatório**
291 **apontar para um lado e seu convencimento para outro? A**
292 **Sra. não se convencer porque faltava alguma prova?**

293

294 (Entr.) Eu dei uma sentença agora super-complicada, a
295 advogada é até de Gil Rodrigues, do advogado. Foi muito
296 interessante. Ela veio pra mim, me mostrar, já tinha sido
297 intimada da sentença, que o documento que eu fundamentei não
298 tinha aquele conteúdo. Ele também não pediu resolução do
299 contrato, ele pediu revisão do contrato, passei não sei quantos
300 dias com essa decisão, também o processo era muito
301 complicado. Envolveu o Banco do Brasil; envolveu esse senhor
302 que é cliente de Gil Rodrigues; envolveu um ex-gerente do banco
303 do Brasil; e envolveu um atual posseiro dessa gleba de terra que

304 SUAPE está indenizando, eram duzentos e tantos mil reais. Aí
305 como SUAPE depositou esse dinheiro, por determinação minha,
306 numa conta judicial, o banco do Brasil, como o cliente de Gil
307 Rodrigues tinha feito empréstimos rurais há muito tempo lá pra
308 trás, que dava pra resolução por prescrição, mas ele não alegou,
309 aí o banco do Brasil queria ficar com o dinheiro, porque disse que
310 tinha esses contratos rurais. Gil Rodrigues também pedia danos
311 morais. Bem, eu não podia dizer prescrição, eu não podia
312 rescindir os contratos, o que foi que eu fiz? Eu acho que eu fiz
313 justiça. Como os contratos bancários foram assinados muitas
314 vezes pelo segundo poceiro que esse cliente de Gil Rodrigues
315 disse que arrendou, mas na realidade ele vendeu, disse que
316 arrendou e que só depois de 10 anos tomou conhecimento que
317 essa gleba de terra estava com esse posseiro, o Jorge. Inclusive
318 o banco do Brasil disse que não encontrou procuração nem nos
319 arquivos dele, e nem no cartório, eu mandei perguntar ao
320 cartório se tinha essa procuração outorgada pelo cliente de Gil
321 Rodrigues ao segundo posseiro pra firmar contrato de mútuo
322 com o banco do Brasil, o cartório mandou dizer que não, não
323 tem procuração lá; e pelo visto nem eles registraram esses
324 contratos de mútuo. O que acontece é que vários contratos de
325 mútuo estão p/p, Zé Maria assinando, em nome do cliente de Gil
326 Rodrigues. Esses contratos não têm procuração. Ele não
327 outorgou procuração. E um era renovação do outro. A novação
328 de débito substitui a dívida primitiva, e que era fraude, entre Zé
329 Maria e o gerente do banco. O que foi que eu disse? não anulei.
330 O devedor realmente é o Zé Maria, que assinou a novação do
331 débito, e não o outro. Eu podia dizer pelo exame da prova que o
332 velho de Gil Rodrigues não é devedor, e que no próprio contrato
333 tem o seguro do débito, que é rural, a safra era a garantia, se
334 perde a safra o seguro cobre, e o banco do Brasil disse que tinha

335 mandado buscar esse débito, que já estava pra serem segurados
336 pra cobrar do velho, é um caso terrível né? Do banco do Brasil.
337 Eu declarei que o devedor daquele débito era o Zé Maria, que
338 inclusive foi revel. Zé Maria nem apareceu, nem o ex-gerente do
339 banco. Ele não é o devedor, e em razão disso eu dei os danos
340 morais no equivalente ao débito que o banco do Brasil estava
341 cobrando. E a indenização pela documentação todinha, o velho
342 tinha vendido a Zé Maria, e Zé Maria vendeu a gleba de terra ao
343 Jorge. E é impossível ele morando perto de Jorge dizer que só
344 depois de 10 anos descobriu que Jorge estava na terra. A
345 indenização é de Jorge. Eu passei não sei quantos dias aqui; foi
346 no mês de férias, acho que eu perdi metade das férias. Eu acho
347 que fiz justiça. O velho não era devedor; também não rescindi.
348 Agora ficou pra Zé Maria pagar, teria sido melhor se o velho
349 tivesse alegado prescrição, rescisão, teria sido muito melhor pra
350 mim.

351

352 **25 - (Pesq.) A Sra. ultrapassa em muito os argumentos da**
353 **defesa?**

354

355 (Entr.) Não. Agora tudo eu me apoiei na prova documental.
356 Tinha muita prova documental trazida tanto pelo velho, quanto
357 por Jorge. Tem dois contratos iniciais com as novações de
358 dívidas, tudo assinado por Zé Maria, que foi fazendo as novações
359 e já assinava p/p por Jorge. Não houve resolução do contrato, eu
360 deixei o contrato do banco do Brasil intacto, só dizendo que o
361 devedor era o Zé Maria.

362

363 **26 - (Pesq.) Muitíssimo obrigada Dra., a Sra. nos ajudou**
364 **demais. Eu vou precisar manusear alguns processos na**
365 **secretaria da vara, porque eu sei que a Sra. não permite**

366 **que se retire cópias das peças processuais sem que se**
367 **esteja habilitado nos autos.**

368

369 (Entr.) Acenando positivamente com a cabeça, e sorridente, a
370 juíza se despediu afirmando que falou acerca da sua prática
371 como juíza.