

## A prova não é do e nem (só) para o juiz

*Paulo de Tarso Brandão<sup>1</sup>*

### RESUMO

O julgamento antecipado da lide quando a questão de mérito é de fato e de direito, sem que às partes seja dada a oportunidade de especificar as provas que pretendam produzir, viola o direito à prova. Na análise desta assertiva, explicitam-se sinteticamente o que sejam princípios constitucionais, jurisdição, acesso à justiça, direito à prova e julgamento antecipado da lide, para, ao final, demonstrar a razão da afirmação feita.

**Palavras-chave:** Princípios constitucionais. Acesso à justiça. Direito à prova. Julgamento antecipado da lide. Crítica constitucional.

### INTRODUÇÃO

A matéria tratada neste artigo não é nova, mas contém acréscimo que pretende rebater as críticas e as observações feitas por outros autores que entendem que a prova processual se destina ao juiz.

No âmbito criminal a interferência do juiz na prova com base em um suposto “princípio da verdade real” tem sido insistentemente refutada por importantes professores. Mesmo com a mudança do Código Penal, que deixou claro que a produção de provas no processo é atividade exclusiva das partes, há uma insistência por parte de juízes e alguns doutrinados-

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Processual, Mestre e Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professor do Curso de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UNIVALI. Promotor de Justiça.

res em sustentar que a busca pela verdade real autoriza ao juiz a realizar essa mesma atividade processual, desbordando dos princípios que regem o processo acusatório e afrontando, com isso, o Estado Democrático de Direito esboçado na Constituição da República.

O mesmo ocorre, com a mesma gravidade, na condução do Processo Civil, com a agravante de que neste nem mesmo o falacioso “princípio da verdade real” pode ser arguido. Há uma regra que efetivamente determina o julgamento antecipado da lide quando a questão controvertida versar sobre fato e direito, mas não houver necessidade de produção prova em audiência. Seguidamente o que se assiste é o juiz dispensar ou indeferir a prova que a parte pretende produzir, considerando que ele, Juiz, está satisfeito ou alegando que a pretensão de produzir prova em audiência constitui ato meramente protelatório. Neste caso, o juiz interfere e se apropria da prova. Muitas vezes já se levantaram afirmando que a prova é para o juiz e que, por isso, ele é que determina se há necessidade da sua coleta em audiência. Também neste caso, como no Processo Penal, há violação dos primados do processo democrático e um erro muito grande de percepção do processo.

Seguem argumentos já esgrimidos, mas fundamentais que sejam repetidos à exaustão.

O acesso à Justiça está positivado na ordem constitucional brasileira, seja em princípios, seja em regras constitucionais e infraconstitucionais. A mais importante dessas regras é veiculada pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, que estabelece: a “lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Embora apareça aqui somente parcela do acesso à Justiça, uma vez que se trata de disposição que aparentemente trata de acesso ao Poder Judiciário, não se pode descurar que este compõe parte significativa daquela e é exatamente sobre esta importante fração que recairá o foco deste trabalho e que, pretende-se, ficará mais claro em tópico específico a ser tratado adiante.

Não se pode esquecer, de outro lado, que o tema do acesso à justiça, por meio do Poder Judiciário, está ligado, umbilicalmente, à idéia de Jurisdição. Assim, toda a vez que o cidadão tem negada a jurisdição, terá negado, necessariamente o direito fundamental do acesso à justiça, restando violado um princípio constitucional.

O que se afirma (e pretende demonstrar) é que o julgamento antecipado da lide quando a questão de mérito for de fato e de direito, sem que

às partes seja dada a oportunidade de especificar as provas que pretendam produzir, viola o direito à prova, corolário do princípio do acesso à justiça, correspondendo à negativa de jurisdição. Para tanto, é preciso explicitar sinteticamente o que sejam princípios constitucionais, jurisdição, acesso à justiça, direito à prova e julgamento antecipado da lide, para, ao final, demonstrar a razão da afirmação feita acima.

## PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS

O termo princípio encontra várias acepções e, entre elas, tanto pode dar ideia de início, ponto de partida, como fundamento (base) de alguma ação ou processo.<sup>2</sup>

Além de não guardar univocidade, no âmbito do Direito o termo princípio experimentou substanciais modificações de sentido.

Paulo Bonavides, em seu *Curso de Direito Constitucional*, disserta sobre a “caminhada teórica dos princípios gerais, até a sua conversão em princípios constitucionais”.<sup>3</sup>

Nessa trajetória, identifica três fases diversas: “a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista”.<sup>4</sup>

Na fase jusnaturalista, diz o autor, “os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de ideia que inspira os postulados de justiça”.<sup>5</sup>

Na segunda, positivista, segue, os princípios já aparecem nos Códigos “como fonte normativa subsidiária”.<sup>6</sup> Nesta fase, os princípios têm a função de informar e servir de fundamento para o Direito Positivo. Por isso, observa, “o juspositivismo, ao fazer dos princípios na ordem constitucional meras pautas programáticas supralegais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica”.<sup>7</sup>

---

2 HOUAISS, Antonio. *Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa*. Versão 1.0.5. Ago. 2002. Verbetes: princípio. ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 792.

3 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 258.

4 Idem. p. 259.

5 Idem. p. 259.

6 Idem. p. 262.

7 Idem. p. 263.

Por fim, na terceira fase, pós-positivista, localizada nos movimentos constituintes das décadas finais do século passado, as Constituições “acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.<sup>8</sup>

Embora tenha enunciado antes, a conclusão de Bonavides sobre o estágio atual do caminho percorrido é o de que: “os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo”.<sup>9</sup>

Efetivamente, abandonada a fase positivista em que os princípios eram pautas programáticas e fonte normativa subsidiária e, neste sentido, não integravam o universo normativo, entende-se hoje que os princípios são normas e estas, as normas, dividem-se, então, em regras e princípios.

Fazendo uma síntese dos caracteres diferenciadores de regras e princípios que havia realizado antes, José Joaquim Gomes Canotilho esclarece que regras “são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos, sem qualquer exceção (*direito definitivo*)”. Por sua vez, princípios “são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas”. Continua esclarecendo: “Os princípios não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de <<tudo ou nada>>; impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a <<reserva do possível>>, fáctica ou jurídica”.<sup>10</sup>

É preciso atentar para a importante observação de Ruy Samuel Espíndola: no pós-positivismo, “os princípios estão inclusos tanto no conceito de *lei*, quanto no de *princípios gerais de direito*, divisando-se, nessa forma, princípios jurídicos expressos e princípios jurídicos implícitos *na ordem jurídica*, respectivamente”.<sup>11</sup>

Pode-se dizer, de outro lado, que um mesmo princípio constitucional pode estar em parte expresso na ordem normativa e em parte implicitamente inserido nessa mesma ordem jurídica.

A amplitude do princípio do acesso à justiça, que é, sem dúvida, princípio constitucional, comporta essa configuração.

8 Idem. p. 264.

9 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 258.

10 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1239.

11 ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 28.

Como já foi dito anteriormente, a norma constitucional que garante que todos os conflitos não possam, por qualquer lei, ser afastados do conhecimento do Poder Judiciário, contém parcela expressa do princípio do acesso à justiça e será sobre ela que recairá o enfoque neste trabalho.

É preciso observar, ainda, que embora pareça que todas as questões atuais se resolvam no âmbito dos princípios, as regras ainda desempenham função importantíssima no nosso sistema de Direito, uma vez que o legislador constitucional, ao estabelecer em regra um direito fundamental, o faz dando prioridade e afastando que ele ceda a qualquer eventual princípio, ou seja, à ponderação ou a aplicação da proporcionalidade.<sup>12</sup>

## JURISDIÇÃO

O conceito de jurisdição, assim como os de ação e processo, é fruto do Estado Moderno. Os doutrinadores que identificam a jurisdição com a simples e sintética definição de *dizer o direito ao caso concreto* podem, evidentemente, identificar a jurisdição nas sociedades pré-estatais.

No entanto, demonstra Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, a noção de jurisdição tem como marco inicial a formação do Estado Moderno. O mesmo autor aponta quatro direções que o estudo da jurisdição suscita, o que torna complexa a sua análise: a primeira diz respeito à diversidade de acepções do vocábulo, que leva a confusões que vão da atividade jurisdicional com o território em que ela é exercida; a segunda, relaciona-se com o ramo do direito em que ela está inserida, sendo em alguns países tratada no direito público interno, em outros no âmbito político, para alguns no direito constitucional e, ainda, para alguns no direito processual; a terceira é a que se dedica a diferenciar os âmbitos da jurisdição, da administração e da legislação; e, por fim, a quarta, já na seara do processo, envolve três debates autônomos, que tratam dos seus elementos integrantes, da sua extensão e da competência.<sup>13</sup>

12 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 135-144.

13 CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoría general e historia del proceso**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, p. 29-32. (Tomo I: números 1-11). No mesmo sentido ver DIAZ, Clemente A. **Instituciones de derecho processal**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1972, p. 3-10. (Tomo II. Vol A). A categoria Estado Moderno na visão dos doutrinadores citados corresponde àquela bem esclarecida por César Pasold. Apud PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado contemporâneo**. 3. ed. Florianópolis: OAB/SC-Diploma Legal, 2003.125 p.

Essa complexidade aumenta em razão do debate entre as doutrinas que pretendem definir e delimitar a jurisdição ou a atividade jurisdicional frente à Administração. Estas se dividem em teorias subjetivas ou organicistas, que identificam a jurisdição de acordo com o ente ou órgão que a exerce, e as teorias objetivas, que levam em conta o desenvolvimento da jurisdição ou a sua finalidade.<sup>14</sup>

Não vem ao caso apresentar aqui as várias teorias que pretendem superar todo esse debate, bastando somente identificar alguns pontos sobre os quais não pairam maiores dúvidas.

Primeiro, vale a pena lembrar que a ideia de jurisdição, como pensada para o Estado Moderno, pode encontrar-se em Thomas Hobbes, que enunciava: “o Poder Soberano exerce o Direito de Judicatura, quer dizer, ouvir e julgar a todos os Conflitos que passam a surgir com respeito às Leis, tanto Civis quanto Naturais, ou com respeito aos fatos”.<sup>15</sup> Mais tarde, em Montesquieu e Locke, com a divisão do chamado Poder Soberano nas funções de Executivo, Legislativo e Judiciário, é que a função jurisdicional é atribuída ao Poder Judiciário.<sup>16</sup>

O fundamento da jurisdição, no Estado Moderno, decorre da vedação da autotutela por parte do cidadão, salvo em casos excepcionais com o desforço imediato e a legítima defesa, com a finalidade de garantir a existência do próprio Estado que, então, concentrava todo o *locus* de Poder.

Contemporaneamente, a jurisdição é uma matéria constitucional por excelência, não só do ponto de vista de sua organização ou de sua finalidade, mas de dever do Estado de exercer parcela de seu Poder para resolver os litígios, reais ou não, que qualquer pessoa alegue perante o órgão ou Juiz a quem a Constituição impute esse poder-dever. Como se verá pouco mais adiante, desse dever constitucional é que decorre o direito de ação.

Para os limites deste trabalho, importa reforçar a ideia de que a regra que contempla a inafastabilidade do conhecimento do Poder Judiciário de toda lesão ou ameaça de lesão, é parcela positivada (expressa, portanto) do princípio do Acesso à Justiça, objeto de sintética análise a seguir.

---

14 CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. *Estudios de teoria general e historia del proceso*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, p.36-51.

15 HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Ícone, 2000. p. 132.

16 GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do Direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 422.

## ACESSO À JUSTIÇA

Não é nova a preocupação que os juristas, em especial os processualistas, têm demonstrado com a questão do acesso à justiça. Mas, conforme lembra Boaventura de Sousa Santos, foi “no pós-guerra que esta questão explodiu. Por um lado, a consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e sua expansão paralela à do Estado-providência transformou o direito cuja denegação acarretaria a todos os demais”.<sup>17</sup>

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, tratando da evolução do aporte teórico sobre o tema, iniciam relatando seus primeiros momentos:

O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil. Nos estados liberais ‘burgueses’ dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um ‘direito natural’, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, *na prática*.<sup>18</sup>

Seguindo nas propostas da obra citada, o que se vai encontrar como pontos básicos para a problemática do acesso são os seguintes: custas judiciais e possibilidades das partes - estas se referem, em suma, à posição estratégica destas no processo e ao acesso dos interesses difusos.<sup>19</sup> Diante disso, as propostas de soluções práticas apresentadas pelos autores são: assistência judiciária para os pobres; formas de representação dos interesses difusos; e um novo enfoque de acesso à justiça.<sup>20</sup> Por fim, os mesmos autores analisam as tendências para tornar viável o pretendido acesso, enunciando a necessidade de: reforma dos procedimentos judiciais em geral;

---

17 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995, p. 167.

18 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988, p. 9.

19 *Idem*, p. 15-29.

20 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988, p. 31-73.

métodos alternativos para decidir causas judiciais, instituições e procedimentos especiais para determinados tipos de causas que possuam particular importância social, ou seja, a proposta de especialização de institutos e procedimentos judiciais; mudanças nos métodos utilizados para a prestação dos serviços jurídicos; e, ainda, a simplificação do direito.<sup>21</sup>

Estes enunciados, como frisado anteriormente, que foram tratados de forma recorrente após sua eclosão,<sup>22</sup> em grande parte já foram atendidos ou foram minimizados. Conforme afirma Horácio Wanderley Rodrigues, estudando o mesmo tema, “muitos dos problemas trazidos pela doutrina, e aqui enumerados, podem ser resolvidos ou minimizados através da adoção de instrumentos processuais adequados, ou da interpretação finalística e sistemática dos já existentes”.<sup>23</sup> Continuando sua análise, o autor faz um apanhado da legislação brasileira após o ano de 1980, descrevendo os “avanços processuais, vistos sob o prisma do acesso à justiça”.<sup>24</sup> Especial relevo é dado para, os limites do presente trabalho, à seguinte conclusão de Horácio Rodrigues:

Em síntese, o que parece ficar efetivamente demonstrado é que o legislador brasileiro, através de sucessivas legislações elaboradas nos últimos anos, entre as quais se destaca a Constituição Federal de 1988, buscou instrumentalizar de forma extremamente atualizada o direito processual. Se muitos desses avanços não conseguem se materializar em termos de efetividade, é porque há outros problemas, de índole extraprocessual, a servir-lhes de barreira.

Entre eles é necessário destacar-se a própria mentalidade formalista e burocrática dos operadores jurídicos brasileiros, oriunda de um ensino basicamente positivista e que não propicia o desenvolvimento do raciocínio jurídico e do senso crítico necessário neste quase limiar do século XXI. E essa é uma questão fundamentalmente política, não jurídica.<sup>25</sup>

A conclusão do referido autor pode e deve ser ampliada. Não são somente os juristas brasileiros que, por serem positivistas, não desenvolvem raciocínio jurídico, o que determina a ausência do senso crítico necessário. Veja-se que Mauro Cappelletti e Bryant Garth, quando tratam da representação em juízo dos interesses hoje conhecidos por metaindividuais, reco-

21 Idem, p. 15-29.

22 Ver marco temporal fixado por Boaventura de Souza Santos acima..

23 RODRIGUES, Horácio Wanderley. Acesso à justiça no direito processual brasileiro. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 51.

24 Idem, p. 53.

25 Idem, p. 94.



nhecem que os litígios que esses interesses envolvem são de outra ordem que não meramente interindividuais, mas concluem pela “necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio”.<sup>26</sup> É bem verdade que quando, esses autores escreveram sobre o tema, fizeram-no ainda na década de 70, momento em que esses conceitos de interesses metaindividuais ainda não estavam muito bem sedimentados. De outro lado, para acompanhar o raciocínio de Horácio Rodrigues, na década de 80, a própria legislação brasileira proporcionou uma modificação significativa nos instrumentos processuais que não foi percebida pela grande maioria dos operadores jurídicos.

A questão do acesso à justiça nos dias atuais é bem mais ampla, como alerta Clèmerson Merlin Clève:

Afirme-se: não basta haver Judiciário; é necessário haver Judiciário que decida. Não basta haver decisão judicial; é necessário haver decisão judicial justa. Não basta haver decisão judicial justa; é necessário que o povo tenha acesso à decisão judicial justa. O acesso à decisão judicial constitui importante questão política. Não há verdadeiro Estado Democrático de Direito quando o cidadão não consegue, por inúmeras razões, provocar a tutela jurisdicional.<sup>27</sup>

É fundamental, portanto, para a superação dos óbices que têm impedido uma eficaz tutela dos “novos” direitos no direito brasileiro, a percepção de que, efetivamente, foi a partir de uma importante legislação que entrou em vigor na década de 80, como salientou Horácio Wanderley Rodrigues, que iniciou a construção do instrumental vocacionado a este tipo de tutela. Este tema já foi objeto de análise crítica e de sugestões para superação em outro trabalho ao qual se remete o leitor.<sup>28</sup>

Centrando o foco no tema proposto, nota-se que a observância ao princípio maior do acesso à justiça abrange os demais princípios constitucionais informadores do processo civil, que dele decorrem, como garantia de uma efetiva solução do litígio, dentre os quais se enquadram os princípios da inafastabilidade do poder judiciário e o princípio do contraditório e da ampla defesa, chegando-se, então, à lógica conclusão de que a instrução do feito é um direito das partes.

26 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988, p. 71.

27 CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Poder Judiciário: autonomia e justiça. A ação popular e a Constituição de 1988*. São Paulo. *Revista dos Tribunais*, ano 82, n. 691, p. 41, maio 1993.

28 BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações Constitucionais: “novos” direitos e acesso à justiça*. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006, 320p.

## DIREITO À PROVA

Em obra dedicada ao tema, Carnelutti dá o conceito legal de prova como sendo a “*demonstração da verdade de um fato realizada por meios legais (por meios legítimos) ou, mais brevemente, demonstração da verdade legal de um fato*”.<sup>29</sup> Adverte que a verdade assim obtida deve ser tida como uma verdade formal, a verdade que foi comprovada.

Esse conceito jurídico, aceito majoritariamente pela doutrina, pode ser sintetizado da seguinte forma: a prova é a demonstração ou comprovação de uma afirmação acerca da existência de um fato, pelos meios e formas previstos ou não vedados em lei.

A prova, portanto, é um direito das partes de provarem o que afirmam, como forma de se garantir um efetivo acesso à justiça. Sem que se dê às partes o mais amplo direito à prova das afirmações que defendem perante o Estado, se estaria negando o próprio direito ao processo.

Como se depreende da leitura do art. 332, do Código de Processo Civil, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, são abeis para provar os fatos alegados. Ou seja, somente a lei pode impor limites ao direito à prova, como o faz o inciso LVI, art. 5º, da Constituição da República, ao vedar as provas obtidas por meios ilícitos. Então, o direito à ampla produção de prova é assegurado constitucionalmente às partes no processo, como forma de garantir o devido processo legal e o princípio do acesso à justiça.

Diante de tais afirmações, importa analisar agora a hipótese de julgamento antecipado do mérito (da lide, como quer a lei), conforme prevista no artigo 330 do Código de Processo Civil.

## JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE

Barbosa Moreira, ao tratar do direito à prova, afirma: “A apuração dos fatos, tão exata e completa quanto possível, é pressuposto de um julgamento justo. Compreende-se, entretanto, que seja forçoso limitá-la em obsequio a outros valores dignos de resguardo: *antes de tudo, à conveniência de não prolongar excessivamente o pleito*”.<sup>30</sup>

29 CARNELUTTI, Francesco. A Prova Civil. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 72.

30 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de Direito Processual. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 36.

Com lastro em tal linha de pensamento é que o Código de Processo Civil prevê, em seu artigo 330,<sup>31</sup> o julgamento antecipado da lide, assim definido:

Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:  
I - quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;  
II - quando ocorrer a revelia.

O julgamento antecipado da lide é a decisão sobre o mérito da demanda antes da instrução do processo. Nesse caso, há a dispensa da fase de instrução com vistas a garantir a aludida celeridade processual. Estabelece o Código de Processo Civil, três hipóteses em que se poderá julgar antecipadamente o mérito: 1) quando o feito correr à revelia (inciso II); 2) quando a questão de mérito for unicamente de direito (inciso I, primeira parte); 3) sendo a questão submetida à apreciação do Poder Judiciário de direito e de fato e não houver necessidade de produzir prova em audiência (inciso I, segunda parte). Preocupa-se o presente estudo, com a hipótese prevista no inciso I, segunda parte, quando houver o entendimento pela desnecessidade de se produzir prova em audiência sobre questão fática.

Quanto a esta segunda parte do inciso I, art. 330, do CPC, ensina Moacyr Caram Jr.:

O texto estabelece aquelas circunstâncias em que, existindo algumas questões fáticas pacíficas, outras no processo podem não ser. Se sobre essas questões controvertidas – alegadas e impugnadas -, o magistrado já tiver formulado seu juízo por conta das provas documentais ofertadas, por exemplo, poderá julgar antecipadamente a lide, repelindo audiência para produção de prova oral.<sup>32</sup>

Nelson Nery Jr., em entendimento que reflete a posição doutrinária dominante, afirma que ao juiz caberá decidir se o caso comporta ou não o julgamento antecipado. Observa:

---

31 A matéria manterá interesse ainda que eventualmente entre em vigor o Novo Código de Processo Civil, cujo Projeto tramita no Congresso Nacional (Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>), uma vez que não que ele não contempla qualquer modificação para sistema atualmente vigente. O projeto, no capítulo da prova, faz referência, no seu artigo 261 aos “poderes do juiz” quando trata do ônus da prova, mas essa matéria deve ser objeto de análise própria se e quando entrar efetivamente em vigor no novo estatuto processual. (BRASIL, 2013).

32 CARAM JR., Moacyr. O julgamento antecipado da lide, o direito à ampla defesa e ao contraditório. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 94.

Do próprio dispositivo depreende-se que é do magistrado, e somente dele, a responsabilidade de aferir a antecipação ou não da decisão antecipatória do provimento.<sup>33</sup>

Continua:

Tudo fica ao seu absoluto alvedrio, devendo antecipar a decisão somente em circunstâncias excepcionais, autorizado pelos artigos 130 e 131 do Código, quando vislumbrar a evidente inutilidade da audiência de instrução. Chegando a juiz a essa conclusão, deverá descrever minuciosamente todas as razões para tal providência, sob pena de violação dos princípios constitucionais do contraditório e amplo direito de defesa, hipótese que poderá ser corrigida pela segunda instância.

Esse entendimento é questionável, conforme, por meio de uma crítica constitucional, se demonstrará no tópico seguinte.

### **JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE À LUZ DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA – CRÍTICA CONSTITUCIONAL**

Em uma definição simples de função jurisdicional, que para o presente trabalho é suficiente, Clemente Diaz diz ser “o pode-dever do Estado político moderno, emanado de sua soberania, para dirimir, mediante organismos adequados, os conflitos de interesses suscitados entre os particulares e entre estes e o Estado, com a finalidade de proteger a ordem jurídica”.

Efetivamente, a função jurisdicional é um poder-dever, uma vez que, antes de ser exercício de uma fração do Poder do Estado, tem a finalidade de cumprir uma promessa deste, no sentido de que, em troca da autotutela, resolveria os casos litigiosos levados ao seu conhecimento.

No Brasil, o órgão público encarregado do exercício desse poder-dever é, preponderantemente, o Poder Judiciário. Tanto é assim que a Constituição da República garante a inafastabilidade do conhecimento de qualquer lesão ou ameaça de lesão pelo Poder Judiciário e insere esse dispositivo exatamente no rol dos direitos e garantias fundamentais, no artigo 5º, XXXV, como já mencionado.

Para que se tenha um efetivo direito à jurisdição, é necessário um efetivo acesso à justiça. A realização do princípio do acesso à justiça passa,

---

33 NERY JR., Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 94.

necessariamente, por um efetivo direito à prova,<sup>34</sup> pela oportunidade dada às partes de provarem, por todos os meios possíveis e adequados, as afirmações que fizerem durante o curso da lide, garantindo-se, assim, o devido processo legal.

O direito da ação, como também já dito, nada mais é do que a busca da decisão judicial sobre um conflito que é submetido ao Estado, devedor do pronunciamento sobre ele, em virtude da vedação da autotutela. Não basta, porém, a decisão, é necessário que ela esteja de acordo com fatos provados em juízo.

O acesso ao Poder Judiciário, parcela do princípio do acesso à justiça, somente se realiza, como demonstrado, pela garantia dos princípios constitucionais informadores do processo civil, pela garantia do devido processo legal e pela máxima possibilidade das partes de produzirem as provas que entenderem necessárias, buscando convencer o Poder Judiciário da veracidade das afirmações feitas.

O legislador prevê, ao tratar do julgamento antecipado da lide, que o juiz conhecerá diretamente do pedido, quando, sendo a questão de mérito de direito e de fato, não houver necessidade de se produzir prova em audiência, porém não especifica a quem caberá decidir quanto à desnecessidade de tal rito.

Ao contrário do que pensam Moacyr Caram Jr e Nelson Nery Jr, citados acima, não é Juiz que dirá sobre a necessidade da prova dos fatos, mas as partes. É preciso ter claro que o destinatário da prova não é o juiz, como comumente se ouve, mas sim o Poder Judiciário.<sup>35</sup> É preciso insistir as provas não se destinam ao convencimento do magistrado, mas sim à elucidação dos fatos alegado em juízo.

Basta passar pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para ver que não são raras as vezes que aquele Tribunal é obrigado a manifestar-se sobre fatos como o representado na seguinte ementa:

---

34 Salvo, evidentemente, naquelas hipóteses em que ela, pela natureza ou por circunstância objetiva seja desnecessária. Quando a parte pede o Poder Judiciário o pronunciamento sobre uma questão eminentemente de direito, é óbvio que não envolvendo fato a ser provado não haverá prova a ser produzida. De outro lado, quando ocorre a revelia, que é circunstância objetiva, também a lei considera dispensável a prova, mas sempre deve ficar claro que é somente naquelas hipóteses de direitos disponíveis que a lei autoriza o reconhecimento da revelia.

35 Quando se diz que o destinatário da prova não é juiz, mas o Poder Judiciário é porque nem sempre aquele juiz que declara a "suficiência da prova" é o mesmo que decidirá da demanda, quer por movimentação na carreira, quer porque a decisão final ocorra mesmo em segundo grau. Aliás, é lícito pensar-se que o enunciado de que "o Juiz é o destinatário da prova" tenha decorrido da afirmação "o Estado-Juiz é o destinatário da prova", que parece mais lógico.

2. Hipótese na qual a parte autora apresentou requerimento, desde a petição inicial, para a produção de prova pericial visando à elucidação dos fatos controvertidos, reiterando-o ao oferecer réplica à contestação. O juízo de primeira instância julgou antecipadamente a lide, nos termos do art. 330, I, do CPC, acolhendo o pedido. Interposta a apelação, o Tribunal a quo deu-lhe provimento, sob a argumentação de que a empresa não produziu prova.<sup>36</sup>

É preciso deixar muito claro que o que se está sustentando aqui não infirma o poder que tem o juiz de indeferir as provas protelatórias, as provas ilícitas ou as vedadas em lei. Esse poder o Magistrado tem durante todo o curso do processo. Porém, para que o juiz possa determinar se alguma das partes está requerendo a produção de prova meramente procrastinatória, eivada de ilicitude ou se encontra entre aquelas que são vedadas por disposição de lei, é evidente que ele dê a oportunidade de especificação das provas. Além disso, as dispensas de qualquer dessas provas, o juiz estará proferindo uma decisão e está somente será válida se devidamente fundamentada, como determina o artigo 93, IX, da Constituição da República.

Assim, como forma de assegurar um efetivo acesso à justiça, é vedado ao órgão do judiciário restringir o direito à prova, cabendo somente às partes a decisão acerca da desnecessidade de comprovação dos fatos que tenham alegado, sob pena de cerceamento do direito à jurisdição.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A preocupação com a efetividade tem consistido à base da doutrina processual contemporânea. Numa tentativa de contornar as condições econômicas, política e sociais que levam à morosidade do Poder Judiciário há uma tendência, em grande parte das vezes louvável, de se afastar trâmites processuais, como forma de se instrumentalizar o processo a serviço de seu fim social.

Porém, não se pode, sob o pretexto de imprimir rapidez ao julgamento dos casos apresentados à jurisdição, desconsiderar princípios conquistados historicamente, e hoje garantidos constitucionalmente.

---

<sup>36</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, AgRg no AREsp 2372-PE, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 24/02/2012, Disponível em: Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=falta+de+prova+e+ju+limento+antecipado+da+lide&&b=ACOR&p=true&t=10&i=33>>. Acesso em: 12 dez. 2013.

Uma vez que o Estado, para garantir sua subsistência, vedou a autotutela e passou a ser devedor da jurisdição e se o próprio Estado estruturou-se de forma a que ao Poder Judiciário fosse atribuído esse poder-dever de julgar os conflitos, sendo vedada qualquer lei que possa afastá-los (conflito de Poder Judiciário), não pode a decisão judicial consistir em ato meramente formal. É preciso que as partes possam demonstrar toda extensão dos fatos que determinam o conflito para que ocorra efetivamente uma decisão sobre a questão de mérito envolva fatos e direito.

Privilegiar a celeridade processual, que nesse caso tem sido falsa porque as partes terminam recorrendo e não raro o processo retorna para retomar sua marcha do ponto em que parou, o que alonga em demasia a marcha processual, em detrimento da decisão é negar o efetivo acesso à justiça.

Pode-se concluir com a afirmação feita no título: a prova não é do Juiz, ou seja, não é ele que define que provas serão produzidas e também é preciso estar atento para a falsidade do argumento de que a prova se destina ao Juiz e ele é que dirá sobre a suficiência da prova produzida. A prova se destina a todas as instâncias do Poder Judiciário e será fundamental na fase de recurso. Isto basta para dizer que não basta o Juiz da causa afirmar que a prova produzida é suficiente para seu convencimento, porque a sentença poderá ser atribuída a outro Magistrado, em razão de movimentação na carreira da magistratura, mas especialmente em razão da importância da prova no âmbito dos recursos.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, 669 p.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, 806 p.
- BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, AgRg no AREsp 2372-PE, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 24/02/2012, <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=falta+de+prova+e+juizamento+antecipado+da+lide&tb=ACOR&tp=true&t=&l=10&ri=33>, acesso em 12/12/2013.
- BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais: “novos” direitos e acesso à justiça**. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2006, 320 p.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual**. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, 235 p.

- CARAM JR., Moacyr. **O julgamento antecipado da lide, o direito à ampla defesa e ao contraditório**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, 114 p.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, 1504 p.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988, 168 p.
- CARNELUTTI, Francesco. **A Prova Civil**. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2005, 324 p.
- CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Estudios de teoría general e historia del proceso**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, 694 p. v. 1.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. Poder Judiciário: autonomia e justiça. A ação popular e a Constituição de 1988. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 82, n. 691, maio 1993, p. 34-44.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, 274p.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do Direito**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, 539p.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Ícone, 2000. 487 p.
- HOUAISS, Antonio. **Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa**. Versão 1.0.5. Ago. 2002. Verbete: princípio.
- NERY JR., Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 303 p.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Função social do Estado contemporâneo**. 3. ed. Florianópolis: OAB/SC-Diploma Legal, 2003.125 p
- RODRIGUES, Horácio Wanderley. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994, 146 p.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1995, 348p.

