

TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA E IMEDIATIDADE DO JUIZ EM RELAÇÃO À PROVA | *EFFECTIVE JUDICIAL TUTELAGE AND THE JUDGE'S IMMEDIACY IN RELATION TO EVIDENCE*

ANA CAROLINA SQUADRI

RESUMO | Pretende-se identificar, através deste texto, as correntes doutrinárias que estudam a definição e delimitação de tutela jurisdicional efetiva. A partir da identificação do que seria um processo efetivo, o artigo busca verificar se a leitura que se faz do princípio da imediatidade do juiz em relação à prova viola esse princípio constitucional. Assim sendo, o processo democrático exige dos intérpretes constante observação e estudo dos princípios constitucionais, pois o uso de termos vagos e abstratos não permite uma aplicação mais adequada dos princípios e a compatibilização de institutos processuais com a Constituição Federal, prejudicando a evolução do direito processual civil frente aos novos tempos.

PALAVRAS-CHAVE | Tutela jurisdicional efetiva. Imediatidade do juiz. Prova. Princípio constitucional. Democracia.

ABSTRACT | *It is intended to identify, through this text, the doctrinal approaches that study the definition and the delimitation of effective judicial tutelage. Based on the identification of what would be an effective process, this study seeks to verify whether the interpretation of the principle of the judge's immediacy in relation to the evidence violates this constitutional principle. Therefore, the democratic process requires interpreters to constantly observe and study constitutional principles, as the use of vague and abstract terms does not allow a more adequate application of principles and the compatibility of procedural institutes with the Federal Constitution, hindering the evolution of civil procedural law in these new times.*

KEYWORDS | *Effective jurisdictional tutelage. Judge's immediacy. Proof. Constitutional principle. Democracy.*

1. INTRODUÇÃO

A constitucionalização do processo civil estimula a revisão dos institutos processuais civis, assim como a correção das formalidades legais, visando a atender aos direitos fundamentais do processo (DE OLIVEIRA, 2008). Carlos Alberto Alvaro de Oliveira dedicou-se ao estudo das formas processuais e observou que, mesmo sendo cumpridas todas as formas e regras previstas em lei, o resultado do processo pode estar distante das necessidades sociais. Além disso, concluiu que o trâmite regular processual não garante, por si só, uma decisão justa, o que, além de violar valores constitucionais, não atende à solução do caso concreto (DE OLIVEIRA, 2008).

O jurista ressaltou a imprescindibilidade de um resultado justo (DE OLIVEIRA, 2008), pois a concretização dos valores constitucionais não se limita a qualquer resultado estabelecido pelo juiz. É preciso que determinadas qualificações sejam atribuídas ao processo, a fim de que a decisão seja considerada justa. Nesta mesma linha, Botelho (2010) designou o processo qualificado, o qual é representado por três qualidades: tempestividade, justiça e adequação.

Em pequena síntese, a justiça se baseia em três pilares:

(i) correta escolha (hierarquização) da regra e dos princípios aplicáveis ao caso; (ii) correta verificação (investigação) dos fatos, ou seja, boa reconstrução dos fatos relevantes ao deslinde da causa; e, (iii) procedimento justo, através do processo que respeita os princípios processuais, como direito à ampla defesa e ao contraditório e ao devido processo legal, isso porque não poderá ser justa a decisão que se firmou em desrespeito ao direito da parte de sustentar as razões que embasam sua posição (BOTELHO, 2010, p. 150-151).

O presente trabalho visa a apresentar duas concepções de tutela jurisdicional efetiva e aplicá-las ao princípio da imediatidade do juiz em relação à prova, verificando sua legitimidade no Estado Democrático de Direito. Parte-se do pressuposto de que, se o processo visa a alcançar um resultado

qualificado, é preciso estudar a lógica dos princípios que norteiam as regras processuais, para que sejam avaliados não em uma perspectiva abstrata e imposta ao processo civil, mas sim de modo dinâmico e que atenda aos anseios sociais contemporâneos¹. Sobre essa perspectiva, Alvaro de Oliveira (2008) defende que as categorias e institutos jurídicos devem ser relidos à luz da Constituição Federal, mediante uma visão dinâmica do direito ao processo.

Nessa concepção, a tutela jurisdicional efetiva implica uma análise da relação entre meio e fim, buscando-se meios adequados para fins específicos, que, para o nosso trabalho, interessa o aspecto probabilístico do meio, no que se refere à certeza (DE OLIVEIRA, 2008), ou seja, a tutela efetiva influencia e abrange vários institutos do direito processual, sendo que o presente estudo visa a abordar somente a relação do princípio com a fase instrutória do processo. Conforme o meio empregado na reconstrução dos fatos, maior certeza haverá na solução da controvérsia em comparação a um outro meio à disposição. Se o escopo do processo é a justiça do caso concreto, a escolha dos meios para se obter uma decisão justa é crucial, devendo ser reavaliados os institutos que não correspondem a esse objetivo. Alvaro de Oliveira (2008) ainda sustenta que poderá o juiz, mediante regras de hermenêutica, estabelecer uma interpretação da regra processual condizente com os direitos fundamentais. Desse modo, o meio deverá ser adequado ao resultado que se procura proporcionar ao jurisdicionado, alcançando uma decisão justa, ou seja, a mais próxima da verdade dos fatos. Portanto, cabe pesquisar se a imediatidade do juiz em relação à prova atende à tutela jurisdicional efetiva, que é aquela que proporciona a justiça do caso concreto.

2. PROPÓSITO DA EFETIVIDADE PROCESSUAL

Bedaque (2010) analisou a efetividade do processo sob o aspecto da técnica processual, pois, caso mal-empregada, pode vir a ser um óbice ao

1 “Desse modo, a partir das premissas antes estabelecidas é possível extrair a consequência de que, no quadro dos direitos fundamentais constitucionais, o ‘direito ao processo’ não é caracterizado por um objeto puramente formal ou abstrato (‘processo *tout court*), mas assume um conteúdo modal qualificado (‘direito ao justo processo’), que é exatamente a face dinâmica do ‘devido processo legal’.” (DE OLIVEIRA, 2008, p. 17).

alcance da tutela do direito. De acordo com sua lição, “propõe-se ampliar essa visão dos óbices processuais, para incluir a questão da técnica processual, cuja complexidade, incorreta compreensão e má aplicação têm contribuído decisivamente para o insucesso do instrumento” (BEDAQUE, 2010, p. 25). A respeito desse tema, Barbosa Moreira (1995) fez a interessante observação de que a técnica processual e a efetividade não são valores incompatíveis, pois se as técnicas forem interpretadas e aplicadas em busca da efetividade processual, não haverá qualquer óbice para a obtenção da tutela do direito. Nos termos do autor,

quando porventura nos pareça que a solução técnica de um problema elimina ou reduz a efetividade do processo, desconfiemos, primeiramente, de nós mesmos. É bem possível que estejamos confundindo com os limites da técnica os da nossa própria incapacidade de dominá-la e de explorar-lhe a fundo as virtualidades (BARBOSA MOREIRA, 1995, p. 174).

Por sua vez, Bedaque (2010) defende a eliminação de óbices, simplificando o processo, porém com o cuidado para não comprometer a segurança jurídica. Segundo o autor, deve-se buscar um equilíbrio entre a forma que garante a prevenção do arbítrio e a forma que não passa de mera burocracia, para, assim, a técnica processual garantir o justo processo.

A tutela jurisdicional efetiva deve superar resquícios do período formalista, comum na análise dos pressupostos processuais e das condições da ação, os quais podem vir a ser óbices processuais que impedem a decisão do mérito (BEDAQUE, 2010). A eliminação de tais óbices permitiria a consecução do resultado, mesmo havendo algum impedimento de ordem processual para o julgamento do pedido.

A técnica processual estudada na obra de Bedaque seria o equivalente ao meio adequado, sugerido por Alvaro de Oliveira, para a obtenção de resultados justos (BEDAQUE, 2010). Para Bedaque, a técnica processual não deve ter como escopo somente a celeridade, ou seja, finalidade de obter a tutela do direito em curto espaço de tempo. A prestação da tutela jurisdicional efetiva não visa a um resultado célere, mas sim à busca pela tutela do direito

sob o crivo do devido processo legal, observando o contraditório e a ampla defesa. Nos termos do autor,

(...) constitui perigosa ilusão pensar que simplesmente conferir-lhe celeridade é suficiente para alcançar a tão almejada efetividade. Não se nega a necessidade de reduzir a demora, mas não se pode fazê-lo em detrimento do mínimo de segurança, valor também essencial ao processo justo (BEDAQUE, 2010, p. 49).

Embora Bedaque (2010) rejeite o sacrifício do contraditório e da ampla defesa em favor da celeridade, entende o autor que a análise da regularidade processual deve ocorrer no início, no máximo na audiência preliminar. No seu entendimento, as questões processuais teriam uma relevância menor que o mérito, como a ausência de capacidade postulatória, por exemplo. Nessa linha, se o contraditório foi exercido sem prejuízo, é possível julgar o mérito, mesmo com a existência de um vício formal. Isso não significa que o princípio do contraditório e o da ampla defesa devam ser desprezados, mas sim que não possuem um caráter absoluto, cabendo ao juiz avaliar se o ato processual cumpriu a sua finalidade mesmo sem a citação ou intimação da parte. Se não houver prejuízo ao autor ou ao réu, o ato processual pode ser válido e sanável mesmo que não tenha sido observado o contraditório ou a ampla defesa².

A tese do autor supracitado fica ainda mais clara na seguinte passagem:

Daí o confronto entre dois valores. De um lado, a forma do ato processual, meio pelo qual se garante a liberdade e a participação efetiva das partes, possibilitando o desenvolvimento seguro do processo. O outro valor consiste no próprio resultado previsto para o ato. Em última análise, ao exigir a observância de determinada forma, o legislador pretende assegurar o resultado do ato processual, cuja verificação considera imprescindível à regularidade do processo. Se tivermos de optar entre esses dois valores, sem sombra de dúvida devemos preferir o último, pois ele incorpora a natureza instrumental do processo (BEDAQUE, 2010, p. 60).

2 “Extrai-se de todo o exposto, portanto, a impossibilidade de se afirmar a *priori* não ser sanável o vício decorrente da violação ao contraditório. Se da falha processual não decorrer dano a essa garantia ou a outro interesse da parte prejudicada, ou se a sentença transitar em julgado, desconsidera-se a nulidade” (BEDAQUE, 2010, p. 501).

A proposta do autor não deixa de defender o contraditório e a ampla defesa no processo judicial. Todavia, caso o juiz entenda que o ato processual tenha cumprido sua finalidade, mesmo não tendo ocorrido a oportunidade do contraditório e da ampla defesa, o resultado do processo não deverá ser alterado. Ademais, Bedaque concentra na figura do juiz, a decisão a respeito da nulidade do vício formal, sem atentar para o contraditório, que consiste na participação e na influência das partes na marcha processual (CARPES, 2007, p. 31). Sem a efetiva participação dos interessados que poderão ter sua esfera jurídica impactada, o resultado qualificado do processo não será conquistado. O direito ao processo não se resume ao conjunto de atos considerados suficientes ao juiz, ou mesmo, a um resultado qualquer previsto em lei. O valor da liberdade e da participação efetiva das partes deve ser equivalente ou superior ao resultado do processo, sob pena de transformar o direito ao processo no mero direito a um resultado qualquer. Nesse caso, seria preferível a inércia do Judiciário à piora da situação do caso concreto.

Talvez com base no temor do privatismo processual, Bedaque ampliou, com lentes de aumento, a função do juiz, diminuindo consideravelmente a participação das partes, como se o direito ao processo pertencesse ao juiz, e sendo ele o destinatário de todos os atos ali desenvolvidos³. Leva-se em conta a liberdade do juiz, para verificar se o resultado foi atingido, mesmo que em sacrifício de algum requisito formal. Segundo o princípio da instrumentalidade das formas, “o ato será sempre válido, independentemente de como foi praticado, se suficiente para atingir o fim” (BEDAQUE, 2010, p. 72). De acordo com essa concepção, a decisão do mérito seria uma das etapas mais relevantes para a efetividade processual, sendo o apego à técnica processual o novo formalismo do direito processual civil.

Considerando que a eliminação da técnica processual seria consequência do caráter público do processo, caberia ao juiz decidir sobre o exagero ou não da forma prevista em lei, afastando o vício para concluir o

3 “Processo não é coisa das partes. São múltiplos os interesses envolvidos em uma demanda judicial, ainda que seu objeto seja exclusivamente privado. Além do aspecto econômico – afinal de contas, a jurisdição é mantida com os impostos pagos por todos –, as soluções podem transformar-se em orientação jurisprudencial sobre determinado tema, o que acaba influenciando na própria segurança das relações jurídicas” (BEDAQUE, 2010, p. 70).

mérito da causa. Não pertencendo o processo às partes, conforme compreensão de Bedaque, dificilmente conseguiriam reformar a decisão que desconsiderou algum vício formal, pois dependeria da prova de algum dano sofrido. Por conseguinte, o controle da efetividade processual torna-se monopólio do juiz, sendo este o único com a atribuição para determinar se o resultado foi justo ou não. Bedaque (2010, p. 109) ressaltou:

Nessa linha, entre as diversas sugestões destinadas a fazer com que o processo seja realmente instrumento de justiça – não meio de que se valem os inadimplentes para protelar ainda mais a realização do direito –, interessa, aqui, examinar a simplificação da técnica processual mediante a concessão de poderes ao juiz para conduzir o processo de forma adequada, segundo as circunstâncias.

A figura do juiz passivo seria substituída pela figura do juiz ativo, destinatário de todos os atos processuais e detentor de controle do processo que ele mesmo conduz. O contraditório, nesta perspectiva, seria o fundamento para a maior participação do juiz no processo, permitindo flexibilização de técnicas processuais ou preterindo algum vício formal para julgar o caso concreto (BEDAQUE, 2010).

Segundo o mesmo autor, o juiz deve julgar o mérito, mesmo havendo alguma questão processual identificada tardiamente, caso o resultado seja favorável à parte que seria prejudicada com a análise de alguma condição da ação ou pressuposto processual, hoje denominado como o princípio da primazia do mérito, previsto no art. 6º do Código de Processo Civil de 2015. Além disso, no art. 282, §2º do CPC/15, foi estabelecido que “quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta” (FUX; NEVES, 2016, p. 67).

O princípio da primazia do mérito é louvável e consagra a relevância da tutela do direito frente ao formalismo exacerbado. Todavia, a decisão sobre a preterição de um vício formal não pode ser automática e refletida isoladamente pelo juiz. A ausência de algumas garantias, como a defesa técnica, por exemplo, não impede o resultado favorável à parte que não foi representada

por um advogado, mas pode não proporcionar o resultado aguardado por ela. O resultado favorável à parte seria uma compreensão subjetiva do juiz, talvez não condizente com o que é aguardado pela parte considerada processualmente vencedora.

Em contrapartida, Cabral (2010) defende que a democracia deliberativa não permite a hierarquização da função do juiz em relação às partes, devendo-se colocar em uma posição de igualdade e de colaboração no desenrolar processual. Neste sentido, as formas processuais teriam o potencial de frear o abuso de poder, disciplinando as atribuições de cada um dos sujeitos para que a liberdade privada seja preservada durante todo o processo até a decisão final.

Segundo Cabral (2010, p. 177-178):

As posições de vantagem e desvantagem no processo (poderes, deveres, direitos, faculdades, ônus, sujeições etc.) são diretamente derivadas dessas formalidades legais, expressando a maior ou menor liberdade que o ordenamento confere à vontade de cada sujeito, e a maior ou menor deferência que presta às suas opções estratégicas ou discricionárias. No último século, vimos que o processo vem reforçando os poderes do juiz, firme na perspectiva de que um condutor ativo guiaria o procedimento mais próximo dos reclamos da sociedade moderna e dos interesses estatais decorrentes de sua publicização. A ideia que reinava, e ainda é prevalente hoje, é de que a forma excessiva reduz o papel do juiz e sua 'participação inteligente'. (...) No campo das nulidades, expressões dessa evolução histórica foram a diminuição do formalismo e a consagração da instrumentalidade das formas.

No entendimento de Cabral (2010), o juiz ativo não é uma figura incompatível com as formalidades processuais, se o magistrado estiver instigado a participar colaborativamente com as partes, deixando de ser o único destinatário dos atos processuais. Caso o processo seja uma conclusão da análise subjetiva do juiz, os princípios do contraditório, da ampla defesa e da colaboração estariam esvaziados, bastando às partes depositarem suas alegações sobre os fatos para que o juiz, como um oráculo, proferisse a solução mais adequada sob seu ponto de vista.

O formalismo processual moderno não deve significar um entrave à criatividade do juiz, mas sim o reforço do papel das partes, para que estas participem do resultado.

Em suma, trata-se de uma perspectiva metodológica que carrega a grande virtude de promover um retorno às partes; não de volta ao processo medieval, concebido como ‘coisa das partes’ (Sache der Parteien), mas um retorno comedido e pluralista, que repudia o autoritarismo e o desprezo intersubjetivo, igualando democraticamente o poder (CABRAL, 2010, p. 179).

Por esse motivo, é preciso reavaliar as formalidades processuais, para que estas representem o ideal democrático de participação das partes na decisão final. Assim, a flexibilização das formas não significaria o seu pleno abandono, mas somente um modo de equilibrar a tutela do direito material, sem ferir o direito ao contraditório e à ampla defesa. Antonio do Passo Cabral (2010) denominou de “instrumentalidade substancial” a utilização adequada do instrumento para a potencialização da realização do direito. Nesse sentido, não bastaria cortar os excessos, cabendo ao juiz implementar mecanismos capazes de elevar a efetividade processual.

A técnica processual não é um óbice em si, ela precisa estar provida de sentido, não somente axiológico, como também sentido evolutivo. Todas as categorias e institutos jurídicos devem ser interpretados, levando em conta as mudanças sociais de determinado tempo e espaço, as quais integram a cultura de determinada sociedade⁴.

Cabral (2010, p. 183) comentou como a questão se resolve para Bedaque, a qual diverge da sua:

Para Bedaque, a questão se resolve no campo da interpretação teleológica das normas processuais, funcionalmente balizadas pela ideia meio-fim típica da instrumentalidade. Porém, este redirecionamento das formalidades pode ser realizado, em nosso entender, a partir da conjugação de alguns princípios

4 “O formalismo-valorativo impõe uma nova leitura da normativa infraconstitucional, cuja hermenêutica e aplicação deverá ser operada de acordo com os valores constitucionais do processo” (CABRAL, 2010, p. 182).

constitucionais, como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

Desse modo, valendo-se da técnica da interpretação conforme a Constituição, o juiz não elimina a técnica processual, mas confere um sentido axiológico e evolutivo, com fundamento nos princípios constitucionais.

A partir dessas ideias, as quais procuram conceituar a tutela jurisdicional efetiva, o trabalho terá o escopo de avaliar o princípio da imediatidade do juiz em relação à prova sob o enfoque da efetividade processual, sobretudo a que prestigia a liberdade privada e a participação das partes na decisão final.

3. O PRINCÍPIO DA IMEDIATIDADE DO JUIZ EM RELAÇÃO À PROVA

A produção de prova é um tema sensível ao Estado Democrático de Direito, pois a reconstituição dos fatos decide o destino de indivíduos e de coletividades. E se, por acaso, não se caracterizar como uma averiguação segura e a mais objetiva possível, certo de que provocará insegurança jurídica, pela reiterada injustiça cometida pelo sistema jurídico.

Conforme lição de Antonio do Passo Cabral, é preciso que a efetividade da tutela jurisdicional não sirva de fundamento para qualquer resultado, prestigiando a celeridade da solução do caso, pois outros princípios constitucionais estariam sendo violados, como o devido processo legal. A tutela jurisdicional efetiva deve resultar em uma decisão justa, que é aquela na qual as questões foram amplamente debatidas e fundamentadas. Isso porque prevalece o modelo cooperativo de processo civil, no qual o Estado-juiz trabalha de maneira colaborativa com as partes para a resolução do caso. Nesse contexto, a decisão justa será o reflexo de um trabalho em equipe na análise das questões de fato e de direito, sobretudo na colheita de prova.

Em período longínquo, da Antiguidade até a Idade Moderna, havia uma indiferença com relação ao resultado da produção de prova, pois essa tarefa era uma atribuição de inspiração divina ou do soberano exercendo poder

absoluto. Com a ascensão do iluminismo e do Estado Liberal, a prova era justificada pela livre-convicção do juiz, visto ser o intérprete da lei e destinatário dos atos produzidos no processo (GRECO, 2015).

Todavia, esse modelo não atende aos ideais democráticos contemporâneos, nos quais as sociedades não aceitam qualquer relato sobre os fatos, devendo a sua reconstrução seguir parâmetros mínimos de confiabilidade, para que sejam surtidos efeitos jurídicos. A narrativa não pode estar descolada da realidade objetivamente considerada, sob pena de provocar decisões injustas e causar insegurança jurídica no meio social. Na era da *fake news*, a correta análise dos fatos nunca foi tão relevante, podendo ser considerada um dos pilares da democracia, o relato preciso dos fatos ou, pelo menos, o mais próximo da verdade possível.

No entendimento de Greco (2015), trata-se de um tema complexo, que afeta a efetividade da tutela jurisdicional. O autor afirmou que seria preciso rever alguns conceitos do sistema normativo probatório que, ainda hoje, não freiam os arbítrios do Estado.

À luz da efetividade processual, não se deve consentir a prova como resultado de um processo mental, provido da lógica humana, a partir de demonstrações argumentativas. Embora ainda seja bastante aceita essa concepção de prova, é evidente que não há objetividade na prova produzida apenas a partir do raciocínio lógico de um indivíduo, que pode não corresponder com as questões de fato, referentes ao caso concreto.

Além da concepção argumentativa de prova, há também uma outra, a qual estabelece que a prova é o resultado de uma atividade processual. Segundo Greco (2015, p. 101),

o Direito passou a ter suas próprias regras de apuração da verdade e, portanto, suas próprias regras de admissão e avaliação das provas. A investigação da verdade pelo juiz se desprende das outras ciências, da filosofia e da lógica, e a verdade do processo passou a ser uma verdade artificial, rigidamente disciplinada pelo peso que o sistema de provas legais dava a cada prova.

Para os defensores dessa corrente, havia a verdade real e a verdade jurídica, esta proclamada pela decisão judicial. Não importava se a verdade revelada no processo fosse artificialmente construída, com fundamento em regras jurídicas, pois o escopo do Estado era revelar os fatos conforme a conveniência da ocasião. Além disso, a verdade jurídica guarda resquício da época em que o Direito era estudado como uma ciência exata, sendo a prova o produto de atos processuais, como em um laboratório, e o juiz tal como o cientista que revelava a descoberta (GRECO, 2015).

Em suma, são concepções que privilegiam a lógica e o rito processual como meios de reconstrução dos fatos. Há, ainda, uma terceira concepção da prova, que é a metajurídica, a qual reconhece a prova como uma experiência humana, estudada por todas as ciências, e não como um objeto exclusivo do processo judicial.

A concepção metajurídica das provas defende, em síntese, que a prova não é domínio exclusivo do jurista, mas um instrumento de apuração da verdade comum a todo conhecimento humano e a todas as áreas do saber. Essa terceira concepção, ora analisada, se distancia das provas legais, porque, enquanto estas constituem um sistema fechado, que submete o juiz às regras da lei, aquela se baseia em um sistema aberto, em que o juiz deve recorrer aos métodos e critérios de todas as outras áreas de conhecimento para descobrir a verdade. Isso porque o Direito não é capaz de, por si só, fornecer os meios e as diretrizes para apurar com segurança todos os fatos (GRECO, 2015, p. 102).

Nesse caso, os fatos e as provas não pertencem ao processo e podem ser estudados por várias áreas do saber, como a ciência biológica, por exemplo. Ademais, compreende-se que a prova não deve ser resultado da persuasão, mas sim da demonstração mediante uso da epistemologia (GRECO, 2015).

Capitaneada por Bentham – grande filósofo do Direito e sempre dedicado à evolução das instituições judiciais –, essa corrente doutrinária propagou o sistema racional da prova como uma crítica ao sistema de prova legal. O filósofo defendia um espírito científico na instrução, com apoio das

novas tecnologias descobertas. Compartilhando da mesma concepção, Weber⁵ (1959 *apud* FABREGA, 1983, p. 92) lecionou que,

la naturaliza cada vez más compleja de los asuntos producidos en una economía cada vez más racionalizada no podía ser enfocada con las antiguas técnicas toscas del juicio por ordalías, o juramentos, sino que requería una técnica racional de investigación de los hechos, tal como conocida por esos hombres de formación universitaria.

A percepção que se deve ter da prova, para essa corrente doutrinária, é resultado proveniente de um procedimento calcado em critérios racionais e objetivos, deixando de ser relevante a opinião pessoal do julgador sobre o objeto investigado. Logo, toda a coletividade teria conhecimento do raciocínio empreendido pelo juiz, para que chegasse à determinada conclusão sobre o caso. É por esse motivo que Taruffo⁶ (1992 *apud* GRECO, 2015, p. 104) rejeita

a retórico-persuasiva porque superestima na avaliação das provas a estratégia dos advogados, desprezando a busca da verdade; a semiótica pelo seu aspecto redutor da avaliação das provas a um jogo limitado à dimensão linguística, igualmente distanciado da verdade; e da probabilidade quantitativa porque pressupõe uma quantificação inicial, que é sempre arbitrária e, assim, compromete as suas conclusões.

Além da reavaliação conceitual de prova, a democracia participativa não condiz com a ideia de um único destinatário da prova, como ocorria no Estado Absoluto – em que o soberano exercia o pleno controle sobre a produção e o resultado –, e também no ordenamento pátrio, no qual ainda prevalece o princípio da imediatidade do juiz em relação à prova⁷. Diante disso, no modelo cooperativo, no qual as partes e o juiz trabalham colaborativamente na solução do caso, a figura do juiz como receptor e tradutor da reconstituição dos fatos, mediante sua análise subjetiva e pessoal do objeto a ser investigado,

5 WEBER, Max. Formas racionales e irracionales de administración de justicia. Cambridge, MA: Harvad University Press, 1959. P. 349-356.

6 TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992.

7 Apenas como um exemplo do pensamento, dentre vários outros juristas que compartilham do mesmo entendimento: “o objetivo primordial do processo e obviamente da instrução probatória é convencer o julgador e para tanto pôr à sua disposição a maior quantidade possível de esclarecimento sobre a matéria de fato” (ARAGÃO, 1992, p. 50 *apud* GRECO, 2015).

não é mais concebível. Sendo a produção da prova um modo racional e objetivo de investigação, qualquer sujeito estaria apto a concluir sobre o resultado, sem necessitar de uma característica personalizada⁸.

Embora a concepção do juiz como destinatário da prova tenha origem no CPC de 1973⁹, Leonardo Greco defende que ainda existem resquícios dessa compreensão no CPC de 2015. As regras processuais preveem a atuação do juiz como uma opção discricionária sua e intimamente subjetiva, como ocorre no art. 481, CPC/2015: “o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa” (FUX; NEVES, 2016, p. 474). O CPC de 1973 possui regra idêntica no art. 440. A crítica que se deve fazer é que a necessidade de inspeção judicial, como um exemplo, deveria partir de uma análise objetiva e não de foro íntimo da autoridade judicial. A efetividade da tutela jurisdicional não deveria depender do empenho pessoal ou do entusiasmo momentâneo de se revelar a verdade; ao invés disso, a instrução do processo deveria seguir parâmetros objetivos para que a investigação não fique limitada ao arbítrio de um sujeito. Isso não significaria limitar a faculdade do juiz de apreciação dos fatos¹⁰, porém, de outro modo, a ideia é que a instrução do processo tenha um ritmo objetivamente criterioso para a produção das provas, auxiliando na efetividade processual. A concentração de poder é capaz de causar não apenas o excesso arbitrário, mas a ausência de uma investigação adequada para um resultado justo.

Bentham também influenciou a reforma processual com o tema da oralidade e da imediatidade do juiz (FABREGA, 1983). Segundo o filósofo, a

8 “Não disciplinada epistemologicamente, nem preocupada com a maior fidelidade possível à realidade objetiva, a convicção do juiz, como fenômeno psicológico, reduz a prova a um ato de fé, à crença subjetiva do juiz na existência dos fatos, que a lei transforma num juízo de certeza com validade apenas no caso concreto, mas do qual podem resultar a negativa da tutela do direito de quem o tem ou a sua concessão a quem não o tem” (GRECO, 2015, p. 105).

9 “Art. 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.
Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.” (BRASIL, 1973).

10 “A pesar del carácter privatista de las concepciones procesales de ese entonces, Bentham insistió en la necesidad de que el Juez tuviera amplia facultad para investigar los hechos controvertidos” (FABREGA, 1983, p. 93).

oralidade era a solução para a crise da justiça, deixando de ser um processo técnico, escrito e formal, para um outro, no qual predomina o depoimento pessoal, o interrogatório de testemunhas e as contraprovas para verificar contradições. Ainda de acordo com Fabrega (1983), Chiovenda compartilhava da mesma ideia, ao defender que o princípio do livre convencimento do juiz só poderia ser desenvolvido em um processo oral.

Para Bentham, a oralidade estaria umbilicalmente ligada ao princípio da imediatidade, que consiste na impossibilidade de separação da função interrogatória com a de julgar, princípio consagrado pelo Código italiano de 1940. Entretanto, Fasching adverte que, apesar de a oralidade e a imediatidade¹¹ serem características do processo civil europeu, na prática forense são admitidos atos por escrito e diversas exceções são praticadas, em prejuízo à imediatidade.

Fasching (1985, p. 29) relatou as falhas do princípio da imediação:

De um lado, mostrou-se que os processos demoravam mais tempo do que presumia o legislador, e que principalmente os juízes mudavam com maior frequência do que se supunha no princípio. Um manuseio rigoroso do princípio da imediação significava, no caso de mudança de juiz, que o novo juiz deveria repetir todo o processo até então, e também que as partes não poderiam renunciar a isto, uma vez que elas não poderiam amputar a possibilidade de conhecimento de questão que lhes assegura o ordenamento jurídico. O resultado de um manuseio tão estrito do princípio significa que os processos se tornam mais longos e mais caros e que, principalmente, as partes não conseguem entender o porquê de, justamente o seu processo, ter que se tornar mais demorado e mais caro, em razão de uma reviravolta intrajudicial. Em virtude disso, em todos os países a prática forense mudou sua postura, no sentido de permitir, tacitamente, o prosseguimento na condução do processo, em caso de mudança de juiz, através da simples leitura dos termos de coleta de provas.

Além disso, o jurista afirmou que existe a habitualidade dos juízes se valerem da ajuda de outros juízes para a colheita de provas, inclusive quando não previsto em lei. Nesse caso, o princípio da imediatidade é mitigado, pois o juiz que colhe a prova não é o mesmo que julga a causa. Também citou como exemplo de mitigação da imediação, a divergência de tribunal superior em

11 “O princípio da imediação – que certamente deverá estar em estreita conexão com isto – afirma que somente aqueles juízes, que tomaram parte em toda a audiência e que colheram e avaliaram as provas pessoalmente, devem poder decidir” (FASCHING, 1985, p. 27).

relação ao resultado da instrução processual, sem a necessidade de nova colheita de prova, pois a repetição das provas eleva o custo do processo e prejudica o seu trâmite célere (FASCHING, 1985, p. 29). Na opinião deste autor, o princípio não deve ser um fim em si mesmo, devendo sempre ser renovada a legitimidade de sua existência.

Se a imediação se revela cara e prolongada, sem benefício às partes, deve ser rechaçada, pois viola princípios constitucionais, como o da efetividade processual. Não havendo prejuízo ao contraditório e à ampla defesa, não deve a administração da justiça se valer da imediação para impedir o aproveitamento de atos processuais probatórios, ou a cooperação entre juízes, para a adequada solução do caso.

No Brasil, há também a mitigação do princípio da imediação, não somente pela cooperação e auxílio direto, previstos no art. 377 do CPC de 2015. O CPC ampliou a autonomia privada na produção de prova, prevendo a ação probatória para a antecipação de sua produção, mesmo não havendo urgência. De acordo com Fredie Didier e Hermes Zaneti Júnior, esse mecanismo de antecipação de prova facilita a autocomposição do conflito, pois os fatos são esclarecidos antes de ajuizada a demanda principal¹².

Na linha colaborativa do processo, na qual o juiz deixa de ser o destinatário da produção da prova, o art. 381, III, do CPC de 2015 permite a *discovery*, que é a investigação probatória, por iniciativa das partes, antes do ajuizamento da demanda (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2019). Para o processo coletivo, a produção antecipada de prova pode ser manejada não somente pelo Ministério Público, como também pelos colegitimados aos ajuizamentos de ação coletiva, facilitando a solução da controvérsia e prestigiando a efetividade da tutela jurisdicional.

Do mesmo modo, o art. 375 do CPC de 2015 – “o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras de experiência técnica,

12 “Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.” (BRASIL, 2015).

ressalvado, quanto a estas, o exame pericial” (BRASIL, 2015, documento eletrônico) –, deve ser interpretado à luz da efetividade processual, para ser um mecanismo de raciocínio do juiz, que pode ser refutado pelas partes (MARINONI; ARENHART, 2016). Segundo os mesmos autores, as regras de experiência são importantes para o juiz compreender a reconstituição dos fatos, porém o senso comum do julgador não deve servir de regra incontestável, podendo ser controladas pelas partes, uma vez relatadas expressamente na motivação da decisão¹³.

Portanto, após a reflexão acima a respeito do sistema probatório no Estado Democrático e a tutela jurisdicional efetiva, é possível responder à seguinte indagação: “dizer que algo está provado equivaleria a dizer que o juiz está convencido de uma determinada alegação de fato?” (SCHMITZ, 2018, p. 725). Não sendo o juiz o destinatário da prova, a fundamentação da decisão que encerra a fase instrumental deve ser baseada em critérios técnicos e objetivos, afastando-se de motivações de ordem subjetiva. A imediação da prova está relacionada com a satisfação do juiz da colheita das provas para o julgamento da causa. Todavia, a instrução do processo deve ser embasada em critérios objetivos, disponibilizados pela ciência. Por isso, considera-se ultrapassado o princípio da imediação do juiz à prova, visto que a completude da prova é determinada pelos métodos científicos utilizados e interpretados, não sendo relevante o contato pessoal e direto do juiz com as partes. O sistema probatório deve prestigiar a tutela jurisdicional efetiva, sem considerar a impressão pessoal de um ou outro juiz¹⁴.

13 “(...) é importante frisar que as regras de experiência devem ser relatadas e demonstradas na motivação da decisão. Ou seja, o juiz, através de argumentação racional, deve demonstrar a idoneidade da regra de experiência, assim como a oportunidade do seu uso para a decisão. Essa é a única maneira de se garantir a racionalidade na utilização das regras de experiência e, ao mesmo tempo, a possibilidade de seu controle pelas partes, evitando que o juiz pense que pode utilizá-las sem qualquer critério, estabelecendo argumentos destituídos de qualquer valor.” (MARINONI; ARENHART, 2016, p. 277-278).

14 “Quem faz esse alerta é Pontes de Miranda: ‘o inconveniente do princípio da livre apreciação, sem limites claros, é o de aumentar enormemente a responsabilidade do juiz, ao mesmo tempo que abre a porta às impressões pessoais, às suas convicções de classe ou políticas, às suas tendências de clã ou de clube.’” (MIRANDA, 1973, p. 380 *apud* SCHMITZ, 2018, p. 726).

4. CONCLUSÃO

Pretendeu-se, por meio do presente trabalho, relacionar a tutela jurisdicional efetiva ao princípio da imediação do juiz à prova. Para tanto, foram abordadas concepções diferentes a respeito da efetividade processual, para adotar a corrente que integra o contraditório e a ampla defesa no conceito de efetividade, privilegiando a cooperação dos sujeitos processuais e, por conseguinte, a democracia participativa.

No atual estágio do Estado Democrático de Direito, a figura ativa do juiz não deve corresponder à soberania do Estado na instrução do processo, como se fosse o único destinatário da produção de provas. Nesta linha, a concepção de prova que melhor atende à democracia participativa é a metajurídica, a qual entende que o objeto da prova não pertence ao direito processual, mas sim a todas as áreas do saber, devendo o juiz submeter os fatos à ciência que melhor explicasse os fenômenos concernentes ao caso concreto.

Deixando o juiz de ocupar lugar de destaque na produção da prova, para permitir uma análise mais objetiva possível dos fatos, o princípio da imediação do juiz perde legitimidade no direito processual contemporâneo. A presença pessoal e direta do juiz na instrução para que esteja preparado para o julgamento, não é coerente com a concepção metajurídica de prova, pois entende-se que é atributo da ciência o dever de revelar os fatos; e também não atende a efetividade processual, pois a imediação tem como pilar a comprovação dos fatos para o convencimento do juiz, e não à luz do contraditório e ampla defesa. Ademais, a imediação do juiz à prova poderia acarretar a repetição de atos processuais, o que causaria morosidade no processo e elevaria seu custo.

REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 155, p. 11-26, jan. 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 77, p. 168-176, jan./mar. 1995.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado**: o processo civil na perspectiva do estado constitucional. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. 199p.

BRASIL. Lei nº 13.105/2015, de 16 de março de 2015. Instituiu o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 6 dez. 2020.

BRASIL. Lei nº 5.869/73, de 11 de janeiro de 1973. Instituiu o Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 5 dez. 2020.

CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. 387 p.

CARPES, Artur Thompsen. Apontamentos sobre a inversão do ônus da prova e a garantia do contraditório. *In*: KNIJNIK, Danilo (coord.) **Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. p. 27-49.

DIDIER JÚNIOR., Fredie; ZANETI JÚNIOR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 13. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. 4 v.

FABREGA, Jorge. Influencias de Jeremias Bentham en el movimiento de reforma procesal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 29, p. 82-99, enero/marzo 1983.

FASCHING, Hans Walter. A posição dos princípios da oralidade e da imediação no processo civil moderno – descrita à luz de alguns ordenamentos processuais centro-europeus. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, p. 27-34, jul./set. 1985.

FUX, Luiz (coord.); NEVES, Daniel Amorim Assumpção (org.). **Novo CPC comparado**. 3 ed. São Paulo: Editora Método, 2016. 928 p.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil: processo de conhecimento**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015. V. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 369 a 380. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Entre produzir provas e confirmar hipóteses: o risco do argumento da 'busca da verdade real' na instrução e fundamentação das decisões. *In*: ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER JÚNIOR., Fredie (org.). **Doutrinas essenciais**. Novo Processo Civil: processo de conhecimento. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p 715-742.

SUBMETIDO | *SUBMITTED* | 10/03/2021

APROVADO | *APPROVED* | 26/04/2021

REVISÃO DE LÍNGUA | *LANGUAGE REVIEW* | Letícia Gomes Almeida

SOBRE A AUTORA | *ABOUT THE AUTHOR*

ANA CAROLINA SQUADRI

Doutoranda em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestra em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário. Procuradora Federal. E-mail: anasquadri@hotmail.com.