IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

SÍLZIA ALVES CARVALHO

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

---

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama; Sérgio Henriques Zandona Freitas; Sílzia Alves Carvalho – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-391-7
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo. 3. Efetividade da justiça. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho (GT) de Artigos denominado "PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I" do IV Encontro Virtual do CONPEDI (IVEVC), com a temática "Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities", promovido pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), Sociedade Científica do Direito no Brasil, e apoio institucional de importantes centros de ensino dos Estados Unidos (Widener University Delaware Law School), Espanha (Universidad de Alicante) e Itália (Universidade degli Studi di Perugia), em conexão com a Escola de Ciências Jurídicas e Sociais e o Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas da UNIVALI/SC, assim como do Mestrado Profissional em Direito da UFSC, em evento realizado entre os dias 09 e 13 de novembro de 2021, de forma telepresencial, com a utilização da Plataforma ConferênciaWeb RNP, tendo em vista o momento mundial de pandemia e isolamento social imposto pelo COVID19.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temáticas diversas atinentes ao Direito processual, apresentados, discutidos e debatidos pelos autores, pesquisadores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho. Compõe-se de textos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação e graduação, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne uma gama de artigos que apontam questões jurídicas relevantes na sociedade contemporânea, todos com olhos e vinculados ao Estado Democrático de Direito.

Os artigos apresentados se caracterizaram pelo tratamento do direito processual civil, da jurisdição e da efetividade da justiça a partir da aplicação prática do direito. Os problemas das pesquisas estão relacionados com a segurança jurídica, com a celeridade processual e com efetividade da justiça. Assim, pode ser destaca a abordagem a respeito do sistema probatório, da duração razoável do processo, da racio decidendi, do acesso a justiça, do modelo de "desjudicialização" dos conflitos e questões a respeito dos precedentes.

Observa-se o compromisso com a metodologia como o meio para assegurar que as pesquisas qualitativas alcancem a excelência quanto ao tratamento do problema objeto do trabalho, e, a validade das conclusões apresentadas.

O estudo a respeito do sistema probatório envolve a questão da prova ex officio e do princípio da isonomia das partes no processo, bem como questões relacionadas ao sistema de precedentes sob a perspectiva de Ronald Dworkin, tendo em vista o livre convencimento racional do juiz.

A técnica da distinção foi abordada sob o ponto de vista de hard cases, tendo como aspecto de análise a atuação do Tribunal Constitucional alemão em relação a casos que envolve a liberdade religiosa. Os precedentes são estudados, ainda, em relação à sua vinculação e a fundamentação das decisões.

O acesso à justiça é estudado sob o ponto de vista dos juizados especiais, dos métodos alternativos de resolução de conflitos, da administração da justiça pelos cartórios, principalmente. Destaca-se a consensualidade tratada a partir dos negócios jurídicos processuais, da cooperação jurídica, da autonomia privada das partes e da ética discursiva, na concepção de Habermas.

A definição pelo Conselho Nacional de Justiça-CNJ de resoluções que definiram a política pública de prestação jurisdicional durante a crise sanitária da COVID 19, é considerada quanto à inclusão digital, sendo analisada o caso em Manaus.

Trata-se do abuso de litigar observado em casos de processos “simulados”, lides de massa, inclusive envolvendo a inscrição em órgãos de proteção do crédito. Neste ponto, é relevante a discussão sobre a possibilidade de se estabelecer limites ao direito de ação, remetendo-se as alterações na execução em Portugal.

Aborda-se a complexidade que envolve a segurança jurídica a partir do estudo do Lawfare, tendo em vista os excessos cometidos no âmbito do poder judiciário como meio de alcançar fins não jurídicos, como restrições à liberdade de imprensa. As funções jurisdicionais do juiz criminal no Estado democrático de direito são consideradas sob o ponto de vista da pessoa “comum”, considerando-se o indivíduo e sua possível vulnerabilidade social, econômica e cultural.

A diversidade dos trabalhos e a complexidade dos estudos apresentados nesse GT demonstra que o Código de Processo Civil de 2015 está exigindo árduos esforços hermenêuticos a fim de assegurar que os objetivos que levaram à sua elaboração, promulgação e aprovação sejam realizados praticamente com uma prestação de justiça mais eficiente e eficaz.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica, multifacetada e de consenso.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos no Estado Democrático Constitucional de Direito.

21 de novembro de 2021.

Professor Dr. Celso Hiroshi Iocohama

Docente da Universidade Paranaense - UNIPAR

celso@prof.unipar.br

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Coordenador e Docente Permanente do PPGD e do PPGMCult da Universidade FUMEC e do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP)

sergiohzf@fumec.br

Professora Dra. Sílzia Alves Carvalho

Docente da Universidade Federal de Goiás

silzia.ac@gmail.com

PROVA EX OFFICIO E O MITO DA VERDADE REAL

EX OFFICIO PROOF AND THE MYTH OF THE REAL TRUTH

Gabriela Oliveira Freitas [1]
Sérgio Henriques Zandona Freitas [2]

Resumo

A partir do método científico hipotético-dedutivo e do referencial teórico na teoria neoinstitucionalista do processo, decidiu-se o estudo da Teoria do Processo Constitucional no Estado Democrático de Direito, até o marco teórico. A partir das considerações tecidas sobre tal instituto, investiga-se se ainda prevalece no sistema processual brasileiro o mito do princípio da verdade, verdade real ou processual, a falada verdade, quando o ideal seria uma reconstrução fática do momento passado.

Palavras-chave: Direito processual, Verdade real, Verdade processual, Instituto da prova, Estado democrático de direito

Abstract/Resumen/Résumé

From the hypothetical-deductive scientific method and the theoretical framework in the neoinstitutionalist theory of process, it was decided to study the Theory of Constitutional Process in the Democratic State of Law, up to the theoretical framework. Based on the considerations made about this institute, it is investigated whether the myth of the principle of truth, real or procedural truth, the spoken and spoken truth, still prevails in the Brazilian procedural system, when the ideal would be a factual reconstruction of the past moment.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Procedural law, Real truth, Procedural truth, Proof institute, Democratic state

[1] Professora do PPGD FUMEC. Doutora em Direito pela PUC Minas. Assessora Judiciária no TJMG.

[2] Coordenador Professor do PPGD FUMEC. Pós Doc. UNISINOS Univ. Coimbra. Doutor Mestre Especialista Direito PUC MINAS. Assessor Judiciário TJMG. Editor Chefe Revista MERITUM.

1 INTRODUÇÃO

Com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), esperava-se que a legislação processual buscasse adequar à processualidade democrática, abandonando o sistema processual autoritário, vinculado à instrumentalidade do processo, que permeava o Código de Processo Civil de 1973. E, considerando que o CPC/2015 foi promulgado na vigência da Constituição de 1988, que instituiu, como modelo, o Estado Democrático de Direito, tal legislação deveria se basear em teorias processuais democráticas.

Todavia, percebe-se um claro sincretismo teórico, não tendo a legislação processual abandonado completamente a instrumentalidade do processo. Um dos pontos que evidencia essa vinculação à instrumentalidade do processo é a possibilidade de produção de provas de ofício pelo magistrado, prevista no art. 370 do CPC/2015 (BRASIL, 2015), sendo este o objeto de estudo deste artigo.

O tema-problema consiste em questionar se a possibilidade de produção de provas de ofício pelo magistrado encontra-se em conformidade com o processo no Estado Democrático de Direito.

Trata-se de questão com importância teórico-acadêmico-científica e prática, uma vez que aborda a atuação prática do magistrado na condução da produção de provas, direcionando-se para adequar o procedimento à lógica democrática.

Para fins de demarcação teórica, é importante ressaltar que, a Constituição de 1988, em seu artigo 1º, funda no Brasil o modelo do Estado Democrático de Direito, superando os antigos modelos de Estado Social e Liberal.

Com essa mudança tão significativa, não se pode desconsiderar que a construção do Estado Democrático de Direito exige a revisitação de institutos jurídicos, a fim de que se alcance a sua adequação a este paradigma, o que justifica a revisitação, neste trabalho, da produção probatória.

Para tanto, adota-se como marco teórico a teoria do processo que mais se coaduna com as diretrizes democráticas, qual seja, a Teoria Neoinstitucionalista do Processo, desenvolvida por Rosemiro Pereira Leal (LEAL, 2013), segundo a qual o processo deve ser compreendido como uma instituição linguístico-jurídica, que enseja a possibilidade argumentativa por uma lógica crítica, para produção, atuação, alteração ou extinção das leis, o que leva à compreensão do Estado Democrático de Direito como não dogmático, ou seja, aquele que permite a fiscalidade do próprio ordenamento jurídico. A adoção deste

marco teórico se justifica uma vez que, no embate entre as teorias do processo, esta se encontra em conformidade com o projeto de construção do Estado Democrático de Direito.

Assim, a pesquisa será desenvolvida esclarecendo como deve o processo ser compreendido no Estado Democrático de Direito, a fim de analisar o papel do magistrado neste contexto democrático. Em seguida, analisar-se-á, de forma crítica, a produção de prova e a noção de verdade processual, o que permitirá, por fim, discutir a questão acerca dos poderes instrutórios do juiz e o mito da verdade real.

O trabalho é dividido em seis capítulos, sendo introdução, quatro tópicos no desenvolvimento e conclusão. Dentre os tópicos do desenvolvimento, cabe pontuar o processo no Estado Democrático de Direito; o processo e a atuação do juiz no Estado Democrático de Direito; a produção de prova e a verdade processual; poderes instrutórios do juiz e sua incompatibilidade com a processualidade democrática.

Para o presente estudo, utilizar-se-á ainda a pesquisa bibliográfica e o método hipotético dedutivo, partindo-se de uma perspectiva macro para uma concepção micro analítica acerca do ponto controvertido ora em estudo e, por fim, como procedimento técnico a análise temática, teórica e interpretativa, buscando sugestão para a solução da questão destacada.

2 O PROCESSO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Entende-se por Estado Democrático de Direito aquele submetido às "normas do direito e estruturado por leis, sobretudo a lei constitucional", em que se estabelece uma "estreita conexão interna entre dois grandes princípios jurídicos, democracia e Estado de Direito" (DIAS, 2010, p. 54).

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias afirma que o Estado Democrático de Direito representa uma fusão entre o Estado de Direito e o princípio democrático e acrescenta que:

> [...] essa fusão permite criar um sistema constitucional marcado de forma preponderante pela associação do poder político legitimado do povo (democracia) com a limitação do poder estatal pelas normas constitucionais e infraconstitucionais que integram seu ordenamento jurídico (Estado de Direito), sobretudo aquelas pertinentes aos direitos fundamentais. (DIAS, 2010, p. 147).

No que se refere ao princípio democrático, deve-se observar que democracia remete, primariamente, à ideia "governo do povo". Ou seja: democracia significa permitir

a participação do povo, conferindo legitimidade à atuação do Estado nas esferas legislativa, administrativa e judicial, nos termos dispostos no artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República do Brasil de 1988, segundo o qual "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente" (BRASIL, 1988).

Buscando conceituar democracia, Simone Goyard-Fabre afirma que esta:

> [...] define a forma de um regime que, fundando a autoridade do governo no povo, garante a presença dos governados ao exercício do poder. Por outro lado, transporta e transpõe para a esfera política o caráter conflituoso das paixões humanas, de forma tal que, no mesmo movimento que suscita a esperança da liberdade e da igualdade, faz pesar sobre a Cidade as ameaças da desrazão que o desejo insaciável do povo introduz na razão. (GOYARD-FABRE, 2003, p. 13).

Assim, nessa matriz disciplinar, o poder é exercido em razão da vontade soberana do povo, que, por meio de uma série de direitos e garantias consagrados no ordenamento jurídico, também "possui direito de fiscalizar as formas de manifestação e aplicação de tal poder" (MADEIRA, 2009, p. 22), o que garante a legitimação democrática da atuação do Estado.

É o que assevera Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

> Tudo isso significa permanente sujeição do Estado Brasileiro ao ordenamento jurídico vigente, integrado por normas de direito (regras e princípios jurídicos), emanadas da vontade do povo, que se manifesta por meio dos seus representantes eletivos ou diretamente, por meio do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, motivo da menção explícita da Constituição brasileira ao princípio da reserva legal (ou princípio da prevalência da lei), como garantia fundamental das pessoas (artigo 5º, II,), e ao princípio da legalidade, estruturante do Estado de Direito brasileiro (artigo 37). (DIAS, 2006, p. 156).

Do princípio democrático ainda resulta, no âmbito jurisdicional, o dever do Estado e o direito do jurisdicionado de buscar uma resposta às suas pretensões, com a devida fundamentação, mediante a garantia de ampla participação na construção das decisões, observado, assim, o devido processo legal.

Em razão da consagração jurídico-constitucional dessa nova principiologia, o processo deve ser analisado sob uma perspectiva democrática e, por isso, é necessário romper com as teorias do processo que permitem a concepção da atividade jurisdicional como um poder do Estado, a fim de compreendê-la como um direito fundamental. Esse rompimento deve ser estabelecido, principalmente, com a Teoria do Processo como Relação Jurídica, sistematizada por Büllow, segundo a qual o processo é uma relação jurídica entre autor, réu e juiz. Tal teoria foi trazida ao Brasil por Enrico Tulio Liebman, influenciando Alfredo Buzaid na elaboração do Código de Processo Civil de 1973 e sendo acompanhada pela intitulada Escola Paulista/Instrumentalista de Processo (BRASIL, 1973).

O Código de Processo Civil brasileiro de 1973 sofreu, ao longo dos quarenta anos de vigência, mais de sessenta e seis leis modificadoras de seu conteúdo, sendo seis na década de 70, onze na década de 80, vinte e duas na década de 90, demonstrando forte produção legislativa, que resultou em uma descaracterização do principal mecanismo processual brasileiro. (BRASIL, 1973). Assim é que, a elaboração do Código de Processo Civil brasileiro, por meio da recente aprovação da Lei 13.105/2015, encontrou sua essência fundamental na necessidade de resistematização do principal instrumento processual brasileiro. Ressalte-se ainda o aumento dos poderes instrutórios e decisórios do julgador, como exemplo a própria concessão de tutelas de evidência de ofício, tanto nas mãos do magistrado de primeiro grau, quanto do relator do processo nos tribunais, o que parece ser o tônus da nova codificação brasileira, com amplo prestígio ao princípio da razoável duração do processo e o vínculo infraconstitucional à teoria instrumentalista do processo (BRASIL, 2015), objeto principal de estudo no Instituto Brasileiro de Direito Processual (INSTITUTO, 2015).

Para a doutrina instrumentalista, "o conceito de jurisdição não seria jurídico, mas, político, já que ela é expressão do poder do Estado" (GONÇALVES, 2012, p. 157), fazendo com que a atividade do juiz seja influenciada por seus próprios princípios ideológicos, construída unilateralmente por sua clarividência, em uma atividade solitária e solipsista, o que não é compatível com a noção democrática de processo. Ou seja, ao tratar o processo como um instrumento de busca pela "paz social" e "pela justiça", admite-se que o magistrado se torne a figura suprema da relação processual e atue de forma discricionária e arbitrária, buscando aplicar sua própria e subjetiva noção de "justiça", assim desconsiderando a atuação das partes/participação popular, o que não se mostra consentâneo com a atual conjuntura constitucional do processo.

Assim, referida doutrina deve ser abandonada, uma vez que, no contexto democrático, não se pode "reduzir o processo a uma relação jurídica vista como um mecanismo no qual o Estado-juiz implementa sua posição de superioridade de modo que o debate processual é relegado a segundo plano" (NUNES, 2011, p. 49).

Como superação da mencionada teoria, na tentativa de ampliar a participação das partes no processo jurisdicional, surge a teoria estruturalista[1] de Elio Fazzalari, segundo o qual o processo seria o procedimento em contraditório, cuidando Fazzalari de

[1] Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias e Carlos Henrique Soares afirmam que a teoria elaborada por Fazzalari é denominada estruturalista, porque trata o processo como "procedimento que se desenvolve dentro da estrutura dialética e constitucionalizada do contraditório" (SOARES; DIAS, 2011, p. 103).

diferenciar procedimento de processo e de elevar o contraditório à condição de pressuposto essencial para a existência de processo (FAZZALARI, 2006).

Dessarte, esclarece Fazzalari:

> Existe, em resumo, o 'processo', quando em uma ou mais fases do iter de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar. (FAZZALARI, 2006, p. 120).

A teoria de Fazzalari é de grande relevância para a compreensão do processo democrático, uma vez que inclui o contraditório como parte do conceito de processo, concluindo que não há processo, mas tão somente procedimento, quando ausente o contraditório. A relevância dos estudos de Fazzalari não está somente na diferenciação entre processo em procedimento, mas também na inclusão da participação das partes como elemento essencial para que haja processo.

Percebe-se que, assim, iniciam-se os estudos do Direito Processual a partir de uma perspectiva democrática, fazendo com que a atividade jurisdicional deixasse de ser controlada pelo julgador, incluindo, agora, a participação e fiscalização dos interessados.

A atividade jurisdicional não pode, portanto, ser reduzia a mera "vontade do intérprete (julgar conforme sua consciência), como se a realidade fosse reduzida à sua representação subjetiva" , tendo em vista que a função do julgador se limita a ser "o aplicador da lei como intérprete das articulações lógico-jurídicas produzidas pelas partes construtoras da estrutura procedimental" (LEAL, 2010, p. 63).

Complementando a teoria de Fazzalari, a teoria constitucionalista do processo, não afasta a alegação de ser o processo um procedimento em contraditório, mas acrescenta que o processo seria também uma garantia de exercício dos direitos fundamentais, o que lhe concede uma perspectiva constitucional.

É o que considera Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

> [...] a teoria estruturalista de Fazzalari carece de alguma complementação pelos elementos que compõe a teoria constitucionalista, porque a inserção do contraditório no rol das garantias constitucionais decorre da exigência lógica e democrática da co-participação paritária das partes, no procedimento formativo da decisão jurisdicional que postulam no processo, razão pela qual conectada está à garantia também constitucional da fundamentação das decisões jurisdicionais centrada na reserva legal, condição de efetividade e legitimidade democrática da atividade jurisdicional constitucionalizada. (DIAS, 2010, p. 91).

A teoria constitucionalista do processo tem por base o estudo dialógico participativo, principal foco de pesquisa na Escola Mineira de Processo, conforme

destaque no Instituto Mineiro de Direito Processual (INSTITUTO, 2015). Para tanto, comentário de Dierle Nunes:

> A percepção democrática do direito rechaça a possibilidade de um sujeito solitário captar a percepção do bem viver em sociedade altamente plurais e complexas e, no âmbito jurídico, a aplicação do direito e/ou o proferimento de provimentos, fazendo-se necessária a percepção de uma procedimentalidade na qual todos os interessados possam influenciar na formação das decisões. Assim, toda decisão deve ser resultado de um fluxo discursivo balizado por um procedimento embasado nos princípios fundamentais (processo) que permita uma formação processual de todo exercício do poder. (NUNES, 2011, p. 203).

A origem dos estudos acerca do processo em conjunto com o texto constitucional remonta ao mexicano Hector Fix-Zamudio[2] e ao uruguaio Eduardo Couture[3].

Em homenagem a memória de Eduardo J. Couture, o Instituto Iberoamericano de Direito Processual foi fundado em Montevidéu, nas Primeiras Jornadas Latino-Americanas de Direito Processual, realizadas em 1957, representando importante associação civil nos estudos da democratização do Direito Processual. (INSTITUTO, 2015).

Diante dos avançados estudos do Processo constitucionalizado, José Alfredo de Oliveira Baracho afirma que "o direito processual tem linhagem constitucional, circunstância que dá maior significação à proteção efetiva dos direitos processuais, em todas as instâncias" (BARACHO, 2006, p. 14), ainda acrescentando que "o processo constitucional visa tutelar o princípio da supremacia constitucional, protegendo os direitos fundamentais" (BARACHO, 2006, p. 95).

Desse modo, tem-se que as normas processuais devem observar a supremacia da Constituição[4], uma vez que o processo é considerado uma importante garantia constitucional. Por isso, as normas processuais, como já demonstrado, surgem consolidadas nos textos das Constituições do moderno Estado Democrático de Direito,

---

[2] Fix-Zamudio, em sua obra "Constituición y Proceso Civil en Latinoamérica", de 1974, analisou a relevância que as garantias fundamentais passaram a ter nos estudos de direito processual, concluindo que, diante da existência de numerosas disposições constitucionais acerca dos direitos das partes no processo civil, torna-se impossível desvincular qualquer legislação processual de tais direitos fundamentais. (FIX-ZAMUDIO, 1974).

[3] Apesar de verificar que Eduardo Couture ainda considera o processo como um instrumento da jurisdição, seguindo a orientação da Teoria do Processo como Relação Jurídica de Büllow, é possível constatar em seus estudos um esboço de um direito processual constitucional, a partir da ideia de que o processo deve ser estruturado por meio de um método dialético, permitindo que as partes e o juiz realizem o debate, tendo esclarecido Couture que a atividade jurisdicional se "serve da dialética porque o princípio da contradição é o que permite, por confrontação dos opostos, chegar à verdade" (COUTURE, 2008, p. 44).

[4] Segundo José Afonso da Silva, Supremacia da Constituição significa que esta se encontra no vértice do sistema jurídico conferindo validade a todos os atos do Estado realizados conforme reconhecido no texto constitucional, na proporção em que os poderes estatais forem distribuídos (SILVA, 2007, p. 45). Afirma também José Cirilo Vargas que a "constituição é que forma o arcabouço jurídico-político de uma Nação", traçando "os pressupostos de todos os setores da ordem jurídica", inclusive do Processo. (VARGAS, 1992, p. 57).

"sufragando os direitos das pessoas obterem a função jurisdicional do Estado, segundo a metodologia normativa do processo constitucional" (DIAS, 2010, p. 92).

Conforme informa Baracho, "o modelo constitucional do processo civil assenta-se no entendimento de que as normas e os princípios constitucionais resguardam o exercício da função jurisdicional" (BARACHO, 2006, p. 15), o que leva ao entendimento de que a jurisdição é direito fundamental, e que, por consequência, seria inviável compreender o processo como mero instrumento de sua realização, devendo ser compreendido como forma de garantia não só deste, mas de todos os direitos fundamentais positivados pelo texto constitucional.

Em consonância com tais apontamentos, André Del Negri esclarece que "são as partes processuais que orientam a fundamentação da decisão (relação jurídica entre normas), e não mais uma vontade emanada da esfera solitária de convicção do juiz" (DEL NEGRI, 2011, p. 87). Assim, percebe-se a clara vinculação do princípio do contraditório ao princípio da fundamentação das decisões, como informam Débora Fioratto e Ronaldo Brêtas:

> No Estado Democrático de Direito, o contraditório deve ser compreendido como princípio de influência e de não surpresa, tornando-se base para o princípio da fundamentação da decisão e para o exercício do controle da argumentação utilizada pelo juiz. Se houver a restrição ou a supressão da garantia constitucional do contraditório, certamente, haverá a violação da garantia constitucional da fundamentação das decisões. Ao passo que se o princípio da fundamentação das decisões for respeitado, o contraditório também foi respeitado no trâmite processual. (FIORATTO; DIAS, 2010, p. 132).

Assim, a inclusão no texto constitucional brasileiro, em 1988, de diversas garantias processuais, que pretendem a efetividade dos direitos fundamentais, aproxima o processo da Constituição, tornando, ainda, o texto constitucional indispensável para o devido processo, situação esta que torna clara a denominação "modelo constitucional de processo" (BARACHO, 1984).

3 O PROCESSO E A ATUAÇÃO DO JUIZ NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para que seja possível analisar de forma crítica os poderes instrutórios do julgador, tem-se por necessário esclarecer que, com a instituição de um Estado Democrático de Direito, é preciso ressignificar o papel do juiz. Não mais se admite um julgador autoritário e solipsista, típico de um estado ditatorial.

Isso porque, a Constituição de 1988, em seu artigo 1º (BRASIL, 1988), reconhece o Brasil como um Estado Democrático de Direito, superando os antigos modelos de Estado, Social e Liberal, e modificando não só os limites da intervenção do Estado na esfera privada, mas também possibilitando a busca da limitação e representação da atuação do Estado pela vontade popular.

Deve-se observar que democracia remete, primariamente, à ideia "governo do povo", ou seja, democracia significa permitir a participação do povo, conferindo legitimidade à atuação do Estado, nas esferas legislativa, administrativa e judicial, nos termos dispostos no art. 1º, parágrafo único, da Constituição (BRASIL, 1988), segundo o qual "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente".

Entende-se, portanto, por Estado Democrático de Direito aquele submetido às "normas do direito e estruturado por leis, sobretudo a lei constitucional", em que se estabelece uma "estreita conexão interna entre dois grandes princípios jurídicos, democracia e Estado de Direito" (DIAS, 2010, p. 54).

Afirma Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias que:

> [...] essa fusão permite criar um sistema constitucional marcado de forma preponderante pela associação do poder político legitimado do povo (democracia) com a limitação do poder estatal pelas normas constitucionais e infraconstitucionais que integram seu ordenamento jurídico (Estado de Direito), sobretudo aquelas pertinentes aos direitos fundamentais. (DIAS, 2010, p. 147).

Assim, nesse modelo, o poder é exercido em razão da vontade soberana do povo, que, por meio de uma série de institutos consagrados no ordenamento jurídico, também pode fiscalizar as formas de manifestação e aplicação de tal poder, o que garante a legitimação democrática da atuação do Estado.

Além disso, o Estado Democrático de Direito deve ser compreendido como "não-dogmático" (LEAL, 2013, p. 3), ou seja, aberto à crítica, sem tentar impor verdades absolutas e incontestáveis aos cidadãos. Por isso, o projeto de construção de um Estado Democrático de Direito inclui o imprescindível rompimento com a teoria do Estado Mínimo dos neoliberais e com a superação do paradigma do Estado Social, comprometendo-se, de modo amplo e irrestrito, "com a liberdade política de participação para equacionar o número de demandas e as respostas surgidas na problemática do povo" (LEAL, 2018, p. 55).

Em razão da instituição desse novo paradigma, o processo e, por consequência a atuação do julgador devem ser analisado sob uma perspectiva democrática, sendo

necessário superar o mito de um julgador superior às partes e capaz de conduzir o procedimento na busca da verdade real dos fatos narrados e da implementação da justiça e da paz social.

Assim, no âmbito jurisdicional, a democraticidade exige a garantia de participação efetiva dos interessados, sendo, por isso, direito do jurisdicionado buscar uma resposta às suas pretensões, com a devida fundamentação, mediante a garantia de ampla participação na construção das decisões, observado, assim, o devido processo legal.

Rompe-se, portanto, com as teorias do processo que o tratam como um instrumento de poder do Estado, principalmente com a Teoria do Processo como Relação Jurídica, sistematizada por Oskar Von Bullow, já que esta vem servindo, equivocadamente, como marco teórico das legislações processuais brasileiras, de decisões judiciais e estudos jurídicos. Isso porque o processo não pode continuar a ser estudado a partir de tal teoria, uma vez que o excesso de poderes e a discricionariedade conferidos ao julgador não se apresentam de acordo com as diretrizes do Estado Democrático de Direito, sendo claramente uma característica do Estado Social.

Segundo a referida teoria, o processo seria uma relação jurídica entre autor, réu e juiz. Essa teoria "se confirma como instrumento de racionalização ideológica da técnica, controlada pelo agir estratégico do intérprete decisor" (BATISTA, 2015, p. 94). No Brasil, essa teoria foi disseminada pela denominada Escola Paulista de Processo ou Escola Instrumentalista do Processo, principalmente por Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco.

Segundo Rosemiro Pereira Leal, os teóricos dessa escola instrumentalista "conectaram o Processo à Jurisdição, em escopos metajurídicos, definindo processo como se fosse uma corda a serviço da atividade jurisdicional" (LEAL, 2018, p. 135), que culminaria na "Justiça Redentora para todos os homens, trazendo-lhes paz e felicidade" (LEAL, 2018, p. 136).

Também afirma André Cordeiro Leal que a mencionada "atribuição de escopos metajurídicos à jurisdição coloca o juiz como sujeito privilegiado, na posição de líder inatacável do bando soberano", permitindo assim que uma aplicação do direito na qual "o juiz está fora da legalidade para fixar os limites do ordenamento e sua direção, colocando o julgador (juiz-fuhrer, como quer Couture) na borda legal que nega a própria normatividade do direito, ou seja, no ponto similar de decretação do estado de exceção schimittiano." (LEAL, 2008, p. 32-33).

Rosemiro Pereira Leal afirma ser necessária a superação dessa teoria, uma vez que o Estado Democrático de Direito serve "de apoio ao desenvolvimento das teorias do processo desconectadas do Estado Social e da retrocarga que pende sobre a figura idealizada de um julgador magnânimo, só acolhível em sociedades não seculares" (LEAL, 2002, p. 31). Assim, referida doutrina deve ser abandonada, uma vez que, no contexto pós-Constituição de 1988, não se pode compreender o processo como um mecanismo no qual o Estado impõe e consolida sua posição de superioridade, de modo que o debate processual, protagonizado pelos interessados, é relegado a segundo plano.

A partir da análise da epistemologia quadripartite (técnica, ciência, teoria e crítica) e dos estudos realizados por Karl Popper (POPPER, 1999), a teoria neoinstitucionalista do processo de Rosemiro Pereira Leal racionaliza o espaço procedimental, dessacralizando os estudos dogmáticos do processo e os preceitos míticos de justiça e paz social, motivo pelo qual essa teoria não pode ser relacionada com as teorias da justiça que tratam da ideia de valores morais pressupostos à sociedade.

Referida teoria retira o magistrado do ponto central do processo, o qual passa a ser construído pelas partes interessadas, que participam da construção do direito, não só no âmbito jurisdicional/instituído, mas também em seus âmbitos instituinte e constituinte, o que significa que a democracia não se encontra somente na aplicação da lei, sendo necessária a "criação, atuação e compreensão de uma legislação democrática", trabalhando, assim, o direito também em seu nível instituinte, o que geraria "uma solução previsível e juridicamente correta para cada caso e atenta à correção (discussão jurídica) em estágios progressivos de debates (do monocrático ao colegiado" pelo devido processo" (LEAL, 2010, p. 245).

Desse modo, o Direito Democrático deve ser legitimado pela via do processo, que deve ser considerado um instrumento de institucionalização constitucionalizada sociedade da vontade democrática dos cidadãos, superando as noções do Estado Absolutista e Social, rechaçando, por consequência, a figura do julgador como um ser magnânimo e iluminado.

Nesse sentido:

> Não há Estado Democrático de Direito pela imediatividade de valores, metas, categorias ou silogismos, encerrados nos sistemas jurídicos que lhe possam dar suporte, mas pela observância de uma condição jurídico-espacial procedimentalmente processualizada (âmbito estatal democrático) como mediadora técnica de construção, garantia, recriação e aplicação do direito. (LEAL, 2002, p. 122).

Assim, o Estado deve "se ater à principiologia constitucional da democracia", rompendo, ao mesmo tempo, com "a teoria do Estado Mínimo dos neoliberais" e com o excesso de poderes do Estado Social, comprometendo-se, de modo amplo e irrestrito, "com a liberdade política de participação para equacionar o número de demandas e as respostas surgidas na problemática do povo" (LEAL, 2018, p. 55).

Tem-se, portanto, imprescindível esta compreensão do processo como espaço discursivo democrático, para que se possa elaborar uma análise crítica, como a que se pretende nesta pesquisa, acerca do excesso de poderes, inclusive probatórios, conferidos ao juiz.

4 A PRODUÇÃO DE PROVA E A VERDADE PROCESSUAL

Prova é o "procedimento apto a estabelecer um saber, isto é, um conhecimento válido" (ABAGNANO, 2007, p. 805), conceito que, trazido para o âmbito processual, permite conceber as provas processuais como os procedimentos destinados à comprovação da validade, ou seja, da verossimilhança das alegações fáticas apresentas pelas partes.

Carlos Henrique Soares define prova como "um somatório de meios necessários para permitir o convencimento do juiz sobre determinadas questões de fato". (SOARES, 2019, p. 465).

Prova, portanto, é o procedimento, decorrente do exercício da ampla defesa, destinado a comprovar as alegações das partes, não ao alcance da verdade. A prova, "na democracia, não pretende estabelecer a verdade, mas sobretudo corresponder ao exercício de uma garantia do devido processo constitucional" (SOARES, 2019, P. 465), servindo, para tanto, para que as partes possam demonstrar a validade de suas alegações.

Assim, percebe-se que o direito à prova decorre das garantias que integram o devido processo legal, sendo "fator de visibilidade da argumentação jurídica" (LEAL, 2018, p. 275) e possibilitando que as partes apresentem seus argumentos e os provem, de forma a construir o provimento jurisdicional.

Por isso, é preciso abandonar a ideia de que a atividade jurisdicional deve buscar a apuração da verdade real; "a busca obsessiva da certeza há de se conter, em direito, nos limites dos meios de obtenção da prova legalmente permitidos" (LEAL, 2018, p. 269).
Um dos principais problemas atuais da produção probatória no processo consiste no fato de que grande parte dos aplicadores do direito persiste acreditando que o objetivo do

processo é a busca pela verdade real, ou seja, entendem que seria dever do magistrado buscar a reconstrução fática de como realmente aconteceram os fatos narrados nos autos. E como afirma Rosemiro Pereira Leal, "é mítica a assertiva de que a prova revela a verdade, como se fora um instrumento mágico de transposição do concreto em abstrato ou vice-versa" (LEAL, 2018, p. 270).

Também afirma Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

> É lamentável que um novo Código de Processo Civil, a ser editado para a vigência no Século XXI, ainda permaneça estacionado na velha e ultrapassada concepção de que as provas visam a demonstrar "a verdade dos fatos", o que tem sido objeto de constantes críticas, desde as doutrinas clássicas até as contemporâneas. (DIAS, 2015, p. 193).

Como destaca Fernanda Gomes e Souza Borges, existe uma tendência da literatura jurídica em relacionar a prova com a verdade dos fatos ou a busca dessa verdade, como se fosse a prova "um instrumento mágico de transposição do concreto em abstrato ou vice-versa, à disposição do juízo, para guiá-lo em seu julgamento, sob patente retrocesso à filosofia da ciência" (BORGES, 2013, p. 60-61).

No entanto, "a busca da verdade dos fatos não é responsabilidade do juiz, nem do processo e muito menos da prova" (SOARES; DIAS, 2011, p. 353) , sendo possível alcançar somente uma verdade formal ou processual, ou seja, o convencimento do magistrado não decorre do que realmente aconteceu, mas sim daquilo que as partes conseguirem demonstrar.

No mesmo sentido:

> [...] equívoco que a dogmática processual confere ao tratamento do instituto da prova, como se esta fosse mero instrumento prestante ao livre convencimento motivado do juiz, como destinatário da prova, que possibilitaria o alcance da verdade, certeza, probabilidade ou verossimilhança das alegações fáticas" (DOURADO DE ANDRADE, 2017, p. 155-156).

Também é preciso superar a ideia de que o juiz é o destinatário das provas, o que permite que este juiz escolha as provas a serem produzidas.

É o que afirma Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

> Ora, nessa concepção acentuadamente democrática, sintonizada, pois com o Estado Democrático de Direito, se o processo é o espaço jurídico cognitivo e discursivo no qual se correlacionam ampla defesa, irrestrita argumentação, contraditório pleno e paritário, direito à prova e fundamentação das decisões, a fim de que os sujeitos do processo (juíza e partes), dentro de um procedimento compartilhado, que permita a cognição dos fatos, tenham a oportunidade de descobrir quais normas de direito serão aplicáveis ao caso em julgamento, segue-se que o destinatário da prova, então, não é o juiz (agente público julgador, a quem o Estado delega a função jurisdicional), como querem alguns autores, como também não é o juízo (órgão jurisdicional do Estado), como sustentam outros tantos proeminentes juristas e pesquisadores. (DIAS, 2015, p. 190).

Ao manter essa ideia de que seria o magistrado o destinatário da prova perpetua-se a ideia de que este deve promover a produção de prova até que se sinta convencido dos fatos narrados pelas partes.

E como alerta Rosemiro Pereira Leal:

> A vinculação da prova (no conceito trivial daquilo que é exibido para convencer) à sensibilidade do julgador, sem qualquer passagem reflexiva pelos aspectos de sua configuração teórico-construtiva que lhe confere o caráter de instituto jurídico, é deveras preocupante numa época em que se pretende tapar os defeitos de um Estado agônico pela presteza retórica de um Judiciário do bem-estar social e garantidor exclusivo da segurança coletiva. (LEAL, 2018, p. 268).

Considerando a lógica democrática, é de se rechaçar "a ideia de que a *cognitio* se resume à mera técnica à disposição do juiz em que são manifestados seus juízos de valor ou atos de inteligência" (DOURADO DE ANDRADE, 2017, p. 154).

Assim, indevida a compreensão de que a prova se destina ao convencimento do julgador, a depender de sua sensibilidade na apuração da verdade dos fatos. A prova é instrumento à disposição das partes, a fim de que consigam provar suas alegações, e não à disposição do próprio Judiciário para que consiga estabelecer o que, diante do alegado, teria sido verdadeiro ou não. Até mesmo porque a noção de verdade é algo complexo, ocupando longos debates filosóficos.

Nicola Abbagnano identifica cinco concepções filosóficas de verdade: verdade como correspondência, verdade como revelação, verdade como conformidade a uma regra, verdade como coerência e verdade como utilidade (ABBAGNANO, 2007, p. 996-999).

Nesta pesquisa, tendo em vista o marco teórico adotado (Teoria Neoinstitucionalista do Processo), compreende-se a verdade buscada no processo como uma conjectura, compreendida como o efeito de inferir ou deduzir que algo é provável. Assim, o que se busca (ou deveria ser buscado) no processo democrático é uma verdade provável, ou seja, aquela que pode ser conjecturada a partir das provas produzidas no procedimento.

5 PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E SUA INCOMPATIBILIDADE COM A PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA

Como já dito, a produção probatória se destina a demonstrar a verossimilhança das alegações das partes e, por isso, constitui ônus das partes promover a produção de provas, a fim de se desincumbir de seus ônus probatórios.

Todavia, é perceptível a dificuldade de desvinculação do mito de que o juiz é um ser superior no procedimento, responsável por promover a justiça e a paz social, devendo, para isso, buscar a verdade real dos fatos. E, com isso, se justifica a possibilidade de o magistrado determinar, de ofício, as provas que deverão ser produzidas. Assim, prevê o art. 370 do CPC/2015 (BRASIL, 2015) que "caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito".

Diante de tal dispositivo legal, parte da literatura jurídica compreende como adequado, e até mesmo necessário, que o magistrado atue ativamente na produção probatória, como se vê da lição de Marcus Vinícius Rios Gonçalves:

> O art. 370 do Código de Processo Civil atribui ao juiz poderes para, de ofício, determinar as provas necessárias. Ele deve valer-se desse poder para esclarecer os fatos relevantes para o julgamento da causa. É dever do juiz proferir a melhor sentença possível, e, para isso, é indispensável que os fatos sejam aclarados. Se as partes não requereram ou produziram provas suficientes, e o juiz verifica que há outras que, realizadas, poderão esclarecer os fatos, permitindo-lhe julgar com mais confiança, deve determiná-las, ainda que o processo verse sobre interesse disponível. A disponibilidade do direito não afasta a exigência, válida para todos os processos e de interesse público, de que o juiz realize sempre o melhor julgamento possível. (GONÇALVES, 2020, p. 520-521).

Esclarece Camilla Paolinelli que "não há como negar que a defesa do aumento desmedido dos poderes judicantes de investigação da verdade esteja intimamente relacionada com as compreensões e objetivos traçados pela escola socializadora-instrumental de processo" (PAOLINELLI, 2014, p. 227). Ou seja: primeiro há que se superar o mito da verdade real, compreendendo-se que a prova processual civil é meramente uma conjectura, o que permitirá compreender que inexiste qualquer justificativa para que o magistrado produza provas de ofício, sem qualquer requerimento das partes.

Em defesa da atuação do magistrado sob a ótica da instrumentalidade do processo, principalmente quanto à produção probatória, tem-se o seguinte ensinamento:

> [...] a figura do juiz como legítimo representante estatal se revelou fundamental, já que possui o importante papel de pacificar os conflitos sociais. Sua participação no processo como mero espectador cedeu lugar a uma conduta mais enérgica, imprimindo maior diligência e controle no desenrolar das disputas judiciais, assegurando aos jurisdicionados um processo mais igualitário, justo e tempestivo3, distribuindo justiça a quem efetivamente a merece, e não a quem possui mais condições financeiras ou sociais de obtê-la. (XAVIER, 2008, p. 9).

E mais:

> Afasta-se, pois, a neutralidade do magistrado – antes reduzido a mero espectador, que deixava que o fluxo do processo fosse guiado pelos litigantes –, para dar ensejo a um juiz ativo, que dirige o processo de modo que ele sirva ao direito material, alcançando seu propósito de justiça, e não seja objeto de

> manipulação pela parte jurídica, econômica ou socialmente mais forte. (XAVIER, 2008, p. 17).

A produção de prova de ofício contraria toda a lógica do ônus da prova, fazendo com que o magistrado supra um ônus que é da parte, interferindo, inclusive, na ideia de participação isonômica no procedimento.

Se é concedida as partes a liberdade de produzir as provas que pretendem, como um desdobramento do princípio da ampla defesa, injustificado que o Estado, por meio do juiz, desconsidere tal liberdade, atuando no lugar das partes.

Nesse sentido:

> A propósito, poder-se-ia alegar que a parcialidade do juiz na medida em que, se o ônus de provar não implica, como foi visto, obrigação ou dever da parte, mas o interesse em se criar uma situação processual que lhe favoreça, obviamente que, se essa mesma parte deixa de desincumbir-se da prática desse ato, seu ex adverso poderia tirar proveito processual dessa sua inatividade. Então, o exercício do juiz de seus poderes instrutórios poderia inverter tal situação em benefício da parte. (SAMPAIO, 2001, p. 24).

Vê-se, assim, que "o ônus da prova cede lugar à investigação da verdade" (PAOLINELLI, 2014, p. 241). Ou seja: no lugar de reconhecer que cabe às partes o ônus de produzir as provas dos fatos que alegaram, esta busca ensandecida pela verdade real faz com que o juiz acabe por suprir o ônus de uma das partes ao determinar a produção de provas de ofício.

Ao considerar o processo como um espaço discursivo que tem por principal objetivo a efetividade dos direitos fundamentais, com a garantia do contraditório e da ampla defesa, não há como se admitir tal postura ativista do magistrado, principalmente no tocante à produção de provas, uma vez que não cabe ao julgador, mas sim às partes, construir o provimento jurisdicional.

No entanto, não é o que se verifica na prática forense, existindo inúmeros julgados acerca da discricionariedade do juiz na apreciação das provas e no seu direito, ou até dever, de atuar de forma a buscar a verdade real dos fatos. Nesse sentido, a título de exemplo, consta de julgado do Superior Tribunal de Justiça "a iniciativa probatória do magistrado, em busca da veracidade dos fatos alegados, com realização de provas de ofício, não se sujeita à preclusão temporal, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça" (STJ - AgRg no REsp 1.157.796/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, T1 - Primeira Turma, Data de Publicação: 28/05/2010) (BRASIL, 2010).

Apesar de o referido julgado datar de 2010, verifica-se que continua a servir de referência para o Superior Tribunal de Justiça até os dias atuais:

> AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE

> UNIÃO ESTÁVEL CUMULADA COM ANULAÇÃO DE CASAMENTO E PARTILHA DE BENS. PRODUÇÃO DE PROVA. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO DETERMINADA PELO JUIZ APÓS ENCERRAMENTO DA FASE INSTRUTÓRIA. PRECLUSÃO PRO JUDICATO. NÃO OCORRÊNCIA. CRITÉRIO DO MAGISTRADO. AFERIÇÃO DA NECESSIDADE DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "A iniciativa probatória do magistrado, em busca da veracidade dos fatos alegados, com realização de provas de ofício, não se sujeita à preclusão temporal, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça" (AgRg no REsp 1.157.796/DF, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 28/05/2010). 2. Hipótese em que o magistrado, após o encerramento da fase probatória, determinou a apresentação de instrumento de compra e venda relativo a imóvel cuja partilha é objeto de controvérsia entre as partes. No caso, a verificação da necessidade ou não da referida prova enseja o revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, o que não se admite em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ). 3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 949.795/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 29/10/2019, DJe 19/11/2019). (BRASIL, 2019).
>
> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/73. NÃO OCORRÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO PRO JUDICATO EM MATÉRIA PROBATÓRIA. 1. Afasta-se a alegada ofensa ao art. 535 do CPC/73, porquanto a instância ordinária dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional. 2. O art. 456 do CPC/73 não contém comando capaz de sustentar a tese recursal a ele ligada e, consequentemente, de infirmar o juízo formulado pelo acórdão recorrido. Incidência da Súmula 284/STF. 3. "A iniciativa probatória do magistrado, em busca da veracidade dos fatos alegados, com realização de provas de ofício, não se sujeita à preclusão temporal, porque é feita no interesse público de efetividade da Justiça" (AgRg no REsp 1.157.796/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 28/5/2010). 4. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1610757/TO, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/05/2021, DJe 14/05/2021). (BRASIL, 2021).

Ademais, não se pode desconsiderar que a ideia de produção de provas de ofício pelo magistrado, além de contrariar a lógica democrática, também não se encontra coerente com o próprio procedimento estabelecido no Código de Processo Civil de 2015.

Se há uma fase no procedimento, em que se delimitam as questões fáticas controvertidas, especificando os meios de prova admitidos e estabelecendo o ônus da prova (art. 357, CPC/2015), é, no mínimo contraditório, que o magistrado decida produzir prova não postulada pelas partes. Assim, tem-se que, “em um processo democrático, as partes têm a liberdade de optar pela produção de provas ou assumir o ônus decorrente de sua omissão” (PAOLINELLI, 2014, p. 248).

O magistrado, ao atuar de tal forma, ocupa um lugar no espaço procedimentalizado que seria destinado às partes, extrapolando os limites de suas funções

e agindo completamente fora dos limites legais e constitucionais impostos ao exercício da atividade jurisdicional.

Conferir excessivos poderes aos julgadores, ao contrário do que muitos pensam, consiste em um verdadeiro retrocesso, por interferir nas garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, fazendo com que o processo se afaste dos preceitos constitucionais e permaneça estagnado na teoria do processo como relação jurídica.

6 CONCLUSÃO

Diante da compreensão do processo democrático como espaço dialógico, que permite a construção do provimento jurisdicional, conclui-se que o excesso de poderes conferido aos julgadores, principalmente no tocante à produção probatória, que é o objeto de análise do presente estudo, não se encontra compatível com as diretrizes do Estado Democrático de Direito, em que é necessária a maior participação dos interessados e uma limitação dos poderes estatais.

Viu-se que, apesar da instituição do Estado Democrático de Direito, ainda prevalece na literatura jurídica a ideia de que deve o magistrado atuar na busca pela pacificação social e visando escopos metajurídicos, atuando de forma discricionária e solipsista, desprezando a participação das partes no processo;

Induvidoso que, no Estado Democrático de Direito, não é possível conferir tantos poderes ao magistrado, que deve ser considerado tão somente um diretor do processo, sob pena de ofensa às garantias constitucionais do devido processo legal, ampla defesa, contraditório e da fundamentação das decisões.

Considerada a processualidade democrática, a construção do provimento jurisdicional deve ocorrer a partir da atividade processual das partes, em exercício da garantia constitucional do contraditório, motivo pelo qual incabível produção de provas de ofício pelo magistrado, o que permite, inclusive, que o magistrado acabe atuando em favor de uma das partes sob a falsa noção de que precisa buscar a verdade real no procedimento.

Por isso, demonstrou-se ser necessário superar o mito da verdade real, para que seja possível compreender que a função do juiz na produção probatória e compreender como incompatível com a lógica democrática a possibilidade de produção de provas de ofício pelo magistrado.

Também se esclareceu que, sendo das partes os ônus da produção probatória e diante da possibilidade de fixação prévia de tais ônus quando do saneamento processual, inviável que possa o magistrado interferir nestes ônus por meio da determinação, de ofício, de provas a serem produzidas.

Portanto, a produção de provas de ofício pelo magistrado contraria toda a lógica da processualidade democrática, além de ser incompatível com o próprio procedimento estabelecido no Código de Processo Civil de 2015.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALMEIDA, Roberto Sampaio Contreiras. Os poderes instrutórios do juiz no processo civil e a instrumentalidade do processo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 38 n. 150 abr./jun. 2001.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira Baracho. Direito Processual Constitucional: Aspectos Contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BATISTA, Silvio de Sá. Teoria Processual da Relação Jurídica como Técnica Ideológica de Julgamento: uma estagnação. *In*: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. **Técnica Processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BORGES, Fernanda Gomes e Souza. **A prova no processo civil democrático**. Curitiba: Juruá, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm. Acesso em: 17 ago. 2021.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 24 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **AgRg. no REsp. 1.157.796/DF**, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, T1 - Primeira Turma, Data de Publicação: 28/05/2010. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=77224148&num_registro=201702111658&data=20171016. Acesso em: 28 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **AgInt. no AREsp. 949.795/SP**, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 29/10/2019, DJe 19/11/2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=99897368&num_registro=201601816807&data=20190830. Acesso em: 28 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **AgInt. no REsp. 1610757/TO**, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 10/05/2021, DJe 14/05/2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201601712390&dt_publicacao=14/05/2021. Acesso em: 28 ago. 2021.

COUTURE, Eduardo. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**: Discursos, Ensaios e Conferências. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2008.

DEL NEGRI, André . **Processo Constitucional e decisão interna corporis**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. As reformas do código de processo civil e o processo constitucional. *In*: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; NEPOMUCENO, Luciana Diniz (Coords.). **Processo civil reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Noções de Teoria e Técnica do Procedimento da Prova. *In*: DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho; SOARES, Carlos Henrique. **Técnica Processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

DOURADO DE ANDRADE, Francisco Rabelo. **Tutela de Evidência, Teoria da Cognição e Processualidade Democrática**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FIORATTO, Débora Carvalho; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A Conexão entre os Princípios do Contraditório e da Fundamentação das Decisões no Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito** - PUC Minas Serro. V. 01, 2010.

FIX-ZAMUDIO, Hector. **Constituición y Proceso Civil en Latinoamérica**. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Juridicas, 1974.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?**. Trad. de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2020.

INSTITUTO Brasileiro de Direito Processual. IBDP. Disponível em: http://www.direitoprocessual.org.br/. Acesso em: 17 ago. 2021.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria da Decisão Jurídica**. Rio de Janeiro: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo**: uma trajetória conjectural. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**: primeiros estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de Conhecimento e Cognição**. Curitiba: Juruá, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2011.

PAOLINELLI, Camilla Mattos. **O Ônus da Prova no Processo Democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

POPPER, Karl Raimund. **Conhecimento Objetivo**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOARES, Carlos Henrique; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Manual Elementar de Processo Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SOARES, Carlos Henrique. **Curso de Teoria Geral do Processo Civil**. Belo Horizonte, D'Plácido, 2019.

VARGAS, José Cirilo. **Processo Penal e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

XAVIER, Trícia Navarro. **Poderes Instrutórios do Juiz no Processo de Conhecimento**. (Dissertação) Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Mestrado em Direito Processual. UFES – Universidade Federal do Espírito Santo, 2008.