

ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO

HÉLIO FAGUNDES MEDEIROS

**OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO DIREITO
PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO À LUZ DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS À SEGURANÇA JURÍDICA
E À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA**

Porto Alegre
2022

PÓS-GRADUAÇÃO - STRICTO SENSU



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

HÉLIO FAGUNDES MEDEIROS

**OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO DIREITO
PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO À LUZ DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS À SEGURANÇA JURÍDICA
E À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA**

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

Área de concentração:
Teoria Geral do Processo e da Jurisdição

Porto Alegre

2022

Ficha Catalográfica

M488p Medeiros, Hélio Fagundes

Os Poderes Instrutórios do Juiz no Direito Processual Civil Brasileiro à Luz dos Direitos Fundamentais à Segurança Jurídica e à Tutela Jurisdicional Efetiva / Hélio Fagundes Medeiros. – 2022.

127.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Luis Alberto Reichelt.

1. Poderes Instrutórios. 2. Estado Democrático de Direito. 3. Efetividade. 4. Segurança Jurídica. I. Reichelt, Luis Alberto. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Bibliotecária responsável: Clarissa Jesinska Selbach CRB-10/2051

HÉLIO FAGUNDES MEDEIROS

**OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO DIREITO
PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO À LUZ DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS À SEGURANÇA JURÍDICA
E À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA**

Dissertação de Mestrado apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

Área de concentração:
Teoria Geral do Processo e da Jurisdição

Aprovado em: 11 de março de 2022.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Luis Alberto Reichelt
(PPGD/PUCRS)

Prof. Dr. Leonardo Schenck Faria
(UERJ)

Prof. Dr. Willian Santos Ferreira
(PUCSP)

Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins
(UFU)

Porto Alegre

2022

RESUMO

Com advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil adotou expressamente o Estado Constitucional de Direito Democrático, no qual foram incorporadas as conquistas do Estado Constitucional das Separação dos Poderes (Estado Constitucional Liberal) e do Estado Constitucional Social (Estado de Bem-Estar Social). No Estado Democrático de Direito a função da jurisdição é a tutela de direitos, razão pela qual o juiz tem um papel mais ativo na relação processual, por vezes dotado de diversos poderes, especialmente de poderes instrutórios. Nesse contexto juiz, é um agente estatal que possui a responsabilidade de concretização de todas as gerações, de direitos fundamentais. Esse incremento dos poderes do juiz, especialmente de poderes instrutórios, está diretamente vinculado com a divisão do trabalho dos sujeitos processuais no processo, visto que gera uma relação de tensão entre dois grandes valores do processo civil, o valor efetividade e o valor segurança. Assim, se por um lado o juiz tem o dever de prestar uma tutela jurisdicional efetiva, por outro, as partes possuem direito a um processo justo em que os seus direitos processuais fundamentais relacionados à segurança jurídica sejam respeitados contra o exercício arbitrário de poder. Os poderes instrutórios é uma técnica processual que representa muito bem este tensionamento, razão pela qual é preciso que sejam estabelecidos critérios para o seu exercício, levando em consideração o conteúdo dos direitos fundamentais referidos. Desta maneira, nessa pesquisa serão estabelecidos os pressupostos para aplicação da produção da prova de ofício pelo juiz a partir da efetividade e da segurança jurídica.

Palavras-chaves: Poderes Instrutórios. Estado Democrático de Direito. Efetividade e Segurança jurídica.

ABSTRACT

With the advent of 1988 Federal Constitution, Brazil expressly adopted the Constitutional State of Democratic Law, in which the achievements of the Constitutional State of Separation of Powers (Liberal Constitutional State) and of Social Constitutional State (Welfare State) were incorporated. In the Democratic State of Law, the function of jurisdiction is the rights protection, being the reason why the judge has a more active role in the procedural relationship, sometimes endowed with different powers, especially with instructional powers. In this context, the judge is a state agent who has the responsibility to accomplish all generations of fundamental rights. This increase of the judge's powers, especially of instructional powers, is directly associated with the work division of the parties in the process, since it generates tension between two great values of civil procedure, the value of effectiveness and the value of security. Thus, if on the one hand the judge has the duty to provide an effective judicial protection, on the other hand, the parties have the right to have a fair process in which their fundamental procedural rights, especially the ones which are related to judicial security, are respected against arbitrary exercise of power. Instructional powers are related to a procedural technique which enables the judge to provide an effective judicial protection, through a decision based on an adequate analysis of the facts. However, the instructional powers need dogmatic contours, that is, criteria for their exercise, so as they do not represent state discretion, which is the purpose of this study. Through this research, establishing criteria in the light of the fundamental right to effective judicial protection and in the light of the fundamental right to legal security is the aim to be achieved so as to ensure the legitimate exercise of the instructional powers.

Keywords: Instructional Powers. State of Democratic Law. Effectiveness, Judicial Security.

*Dedico essa pesquisa à querida esposa e à adorada filha,
pois são dois seres iluminados que personificam o
belo, o majestoso, o extraordinário e o
impossível em minha vida.*

*“Feliz é o homem que edifica seu lar sobre
os laços do amor verdadeiro”.*

(Autor desconhecido).

AGRADECIMENTOS

À Deus, a minha eterna gratidão, pois nada acontece sem o seu amor infinito, bem como por ter colocado em meu caminho pessoas notáveis que muito me auxiliaram nessa etapa final. Especialmente, meu paciente orientador, professor Dr. Luis Alberto Reichelt, e a Maria Remi com a sua ajuda generosa na finalização desse trabalho.

“Em tempos de anarquia, magistrados ímpeles decidem, de preferência, pela autoridade; tranquilizados os espíritos, homens de igual inteireza de caráter interpretam os mesmos textos no sentido da liberdade”.

(MAXIMILIANO, 2017).

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	ALGUMAS PREMISSAS SOBRE A INFLUÊNCIA DO MODELO DE ESTADO CONSTITUCIONAL SOBRE A FUNÇÃO DA JURISDIÇÃO E OS PODERES DO JUIZ	13
2.1	AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO ESTADO CONSTITUCIONAL LIBERAL, DO ESTADO CONSTITUCIONAL SOCIAL E DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	16
2.1.1	A Função da Jurisdição e dos Poderes do Juiz no Estado Constitucional Liberal, no Estado Constitucional Social e no Estado Democrático de Direito	21
2.1.2	A Transformação do Processo Civil sob a ótica dos Direitos Fundamentais	25
2.2	DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA, ADEQUADA E TEMPESTIVA E TUTELA DE DIREITOS	31
2.3	DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO JUSTO E À SEGURANÇA JURÍDICA NO PROCESSO	38
3	ASPECTOS TEÓRICOS GERAIS SOBRE DIREITO PROBATÓRIO	43
3.1	CONCEITO, OBJETO E FINALIDADE DA PROVA	43
3.2	A RELAÇÃO ENTRE A BUSCA DA VERDADE E A JUSTIÇA DA DECISÃO	56
3.3	OS DESTINATÁRIOS DA PROVA	60
3.4	SOBRE A DIVISÃO DO TRABALHO ENTRE OS SUJEITOS RESPONSÁVEIS PELA INSTRUÇÃO.....	62
3.4.1	Considerações gerais	62
4	UMA LEITURA CRÍTICA A RESPEITO DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	68
4.1	SOBRE OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	69
4.1.1	Panorama Geral	69
4.2	OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E O RESPEITO AO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA.....	85

4.3	OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E O RESPEITO AO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA JURÍDICA	103
5	CONCLUSÃO	113
	REFERÊNCIAS	117

1 INTRODUÇÃO

Um dos temas mais complexos de ser estudado é o papel do Poder Judiciário e dos juízes ao longo da história, tendo em vista que o passar dos séculos demonstrou que ora nossa tradição jurídica esteve vocacionada para a legislação, ora para a jurisdição.

Tal alternância, refletiu na concepção da função da jurisdição e dos juízes em determinada época, caracterizando-se como um movimento pendular, advinda e influenciada pela história constitucional de cada Estado. A partir dessa premissa, é possível afirmar que conforme o modelo de Estado, haverá um modelo de processo, e, conseqüentemente um modelo de juiz.

Ao longo da história, três modelos de Estados Constitucionais se destacaram e são os mais conhecidos. O primeiro modelo foi chamado de Estado Constitucional Liberal; o segundo de Estado Constitucional Social; e o terceiro de Estado Constitucional Democrático de Direito.

Em cada um desses modelos o juiz teve ora maiores poderes, ora menos poderes na direção e na condução do processo. Logo, o tipo de organização política influencia como ocorre a divisão dos ônus, faculdades e deveres dos sujeitos processuais no processo. No Estado Constitucional Liberal, em razão da influência da doutrina liberal, o juiz tinha menores poderes, tendo as partes um maior protagonismo. Em tal período, o juiz era um aplicador mecânico da legislação, vez que havia uma concepção de supremacia da lei.

Em razão de diversos fatores, especialmente pela necessidade de intervenção Estatal na economia, na busca pela redução das desigualdades sociais e na concretização da segunda geração de direitos fundamentais, houve uma mudança gradual do Estado Constitucional Liberal para o Estado Constitucional Social, o que resultou num incremento dos poderes do juiz, visto que como agente estatal também se tornou responsável pela efetivação da nova geração de direitos fundamentais.

Embora o Estado Constitucional Social houvesse trazido consigo uma gama de direitos promocionais não houve garantia de sua efetividade, visto que veio desacompanhado de mudanças profundas nas instituições.

A ausência de uma efetiva participação dos cidadãos na gestão pública e nas manifestações de Poder do Estado, foram fatos inibidores da conquista e efetivação dos direitos promocionais.

Foi nesse contexto que surgiu o Estado Democrático de Direito, modelo que preservou as conquistas do Estado Constitucional Liberal e do Estado Constitucional Social, mas que agregou o princípio democrático como direito de quarta geração, garantindo ao cidadão a mais

ampla participação nas manifestações do Poder do Estado, aperfeiçoando, assim, as funções estatais e as decisões tomadas por seus agentes.

O princípio democrático também se tornou um poderoso instrumento para os direitos individuais, ou seja, essa participação não somente trouxe maior efetividade dos direitos promocionais, mas também serviu de garantia às liberdades individuais, visto que a todos os possíveis afetados por uma decisão do Estado é garantido o direito de influenciá-la, o que indubitavelmente protege também a sua esfera individual.

No Brasil, com advento de Constituição Federal de 1988, foi adotado expressamente o Estado Constitucional de Direito Democrático. A Constituição Federal de 1988, ao adotar tal modelo de Estado, garante, no que se refere à função jurisdicional, a participação das partes pelo processo no sentido de intervirem na formação da decisão que potencialmente venha invadir as suas esferas jurídicas, o que redimensionou o princípio do contraditório.

Mas não foi somente isso, o Estado Democrático de Direito ao preservar as conquistas dos modelos anteriores, deu novos contornos à função jurisdicional, do processo, bem como manteve o papel ativo dos juízes na concretização dos direitos fundamentais.

No Estado Democrático de Direito, a função da jurisdição é a tutela de direitos e a formação de precedentes, razão pela qual o juiz tem um papel mais ativo na relação processual, por vezes, dotado de diversos poderes, especialmente de instrutórios. Portanto, esses poderes denotam o exercício de uma função jurisdicional comprometida com a prestação de uma tutela jurisdicional que seja efetiva, porquanto representa uma técnica processual para a viabilização de decisões baseadas na verdade.

Todavia, a efetividade deve ser virtuosa, fundamentada no respeito ao processo justo, à segurança em suma, evitando que garantias processuais fundamentais sejam limitadas indevidamente. A partir dessas considerações, surge o grande desafio de equacionar os dois grandes valores do formalismo processual contemporâneo, a efetividade e a segurança jurídica, eis o problema que se põe a solucionar nesse estudo. Assim, o objetivo geral dessa pesquisa é exatamente estabelecer critérios ou pressupostos para aplicação dos poderes instrutórios do juiz descritos no artigo 370 do código de processo civil.

Tais pressupostos serão fixados à luz do direito fundamental à segurança jurídica e do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva que foi o objetivo específico representado pelo método de fixação de tais requisitos a partir dos direitos fundamentais em tensão.

Para tanto, no primeiro capítulo será realizado uma abordagem da influência do modelo Estado sobre a função da jurisdição e dos juízes; as características do Estado Constitucional Liberal, do Estado Constitucional Social e do Estado Democrático de Direito; a função da

jurisdição e dos poderes do juiz em cada um desses modelos; e, em caráter mais específico, a percepção do direito processual civil na ótica dos direitos fundamentais.

No segundo capítulo, serão externados alguns conceitos vinculados ao direito probatório com a finalidade de trazer bases teóricas para compreensão do terceiro capítulo, quando será feito a seguinte abordagem: a) uma visão panorâmica dos poderes instrutórios do juiz no Brasil e no direito comparado; b) uma leitura crítica dos poderes instrutórios no código de processo civil; c) fixação de critérios à luz da efetividade; b) fixação de critérios à luz da segurança jurídica.

2 ALGUMAS PREMISSAS SOBRE A INFLUÊNCIA DO MODELO DE ESTADO CONSTITUCIONAL SOBRE A FUNÇÃO DA JURISDIÇÃO E OS PODERES DO JUIZ

O Estado Constitucional, classicamente, ostenta três modalidades essenciais. A primeira, o Estado Constitucional da Separação dos Poderes (Estado Constitucional Liberal), a segunda, o Estado Constitucional dos direitos fundamentais (Estado Constitucional Social), a terceira, o Estado Constitucional da Democracia Participativa (Estado Constitucional Democrático de Direito).¹

Conforme o modelo de Estado, ou seja, conforme os seus objetivos fundamentais, os valores que representa e suas normas estruturais, haverá uma função da jurisdição alinhada com tais premissas. Igualmente existirão juízes comprometidos com tais escopos, os quais exercerão a jurisdição através de um processo cuja meta será a busca por tais resultados.

É inegável, portanto, que conforme a organização política de determinado Estado haverá uma estruturação própria dos ônus, dos deveres e das faculdades das partes e dos juízes no processo, ou seja, uma divisão de trabalho que lhe seja peculiar.

Assim, pode-se afirmar que ora teremos um juiz com maiores poderes no processo, tendo as partes um papel mais reduzido, ora um juiz com menores poderes, assumindo as partes, nesse caso, um certo protagonismo.

O pensamento acima exposto, decorre de uma premissa amplamente aceita, qual seja: de que o Direito não é um produto acabado, mas é produto do homem, de sua cultura, fruto da experiência humana.²

Oscar Shase³ por exemplo, ao estudar as formas de resolução de conflitos em sociedade distintas, atribuiu à cultura a maneira tão diversa que cada sociedade resolve os seus litígios, mesmo sendo eles muito semelhantes. O autor conceitua cultura nos seguintes termos: “a definição de cultura utilizada aqui inclui ideias, valores e normas tradicionais que são amplamente compartilhados em um grupo social”.

Norberto Bobbio⁴ ao comentar a contribuição de Montesquieu em relação a Teoria das Formas de Governo, asseverou que este notável pensador questionava o motivo pelo qual os homens tinham leis humanas tão distintas mesmo estando sujeitos às mesmas leis naturais.

¹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 47.

² OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. atual, rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p.92

³ CHASE, Oscar G. **Direito, Cultura e Ritual**: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Trad: Sérgio Arenhart, Gustavo Osna. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.21.

⁴ BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. São Paulo: Edipro, 2017a, p.137.

Para Montesquieu⁵: “Esta variedade de leis tinha como fatores causas físicas ou naturais, econômicos-sociais e espirituais (religião)”.

Percebe-se que as conclusões de Montesquieu vão ao encontro da natureza cultural do Direito, uma vez que tais fatores apontados muito decorrem do contexto cultural. As suas ideias evidenciam, com clareza, a influência de diversos fatores culturais na configuração da legislação humana.

A natureza cultural do Direito também aparece na obra de Ferdinand Lassale⁶ ao dissertar sobre os tipos de constituições referiu que existe a constituição real e efetiva, formada pelos fatores reais de poder que regem determinada sociedade e a constituição escrita, a que denominou de “folha de papel”. Ressalta ainda o autor que somente quando houver identidade entre ambas, é que haverá uma verdadeira estabilidade jurídica, uma vez que uma constituição escrita, sem corresponder aos fatores reais de poder (constituição real) estará fadada ao fracasso.

Benoit Frydman⁷ ao referir que a história das normas se confunde com a própria história da cultura, sinaliza para o mesmo entendimento de que o Direito é um fenômeno cultural. Para o autor o Estado é uma realidade cultural, isto é, uma realidade constituída historicamente em virtude da própria natureza social do homem.

Tal fato leva a uma compreensão de Direito e do Estado, conforme a teoria dos valores em função dos graus de evolução social, o que pode ser chamado de culturalismo. Pode-se afirmar que o Direito é essencialmente, ordem de relações sociais, segundo um sistema de valores reconhecidos como superior aos indivíduos e aos grupos, conforme ressaltou Miguel Reale⁸. Ou melhor, o Direito é formado por conjunto de sentimentos, convicções, as quais coincidem com o pensamento jurídico de um povo.⁹

Herbert Hart¹⁰ ao conceituar o Direito como um conjunto de ordem coercitivas, através de normas primárias e secundárias, dissertou que a passagem do estado pré-jurídico para o estado jurídico é realizada por uma “norma” que o filósofo denominou de “norma de reconhecimento”, cuja função é de especificar as características que determinada norma provém de um grupo de pressão social relevante, ou seja, mesmo para o autor positivista, o direito emerge da sociedade.

⁵ MONTESQUIEU (1689-155 citado por BOBBIO, Norberto. **Teoria das formas de governo**. Tradução de Luiz Sérgio Henriques. 1.ed. São Paulo: Edipro, 2017a, p.36.

⁶ LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. 2. ed. Campinas: Minelli. 2005, p. 46.

⁷ FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito: governar por *standars* e indicadores**. Trad. Maria Beatriz Krug. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p.27.

⁸ REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000, p.9.

⁹ Id. **Política de Ontem e de Hoje**. São Paulo: Saraiva, 1978, p.126.

¹⁰ HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.129.

Também na obra de Robert Alexy¹¹ é encontrada a natureza cultural do Direito, especialmente quando sustenta o seu caráter dualista, dividindo a sua compreensão numa dimensão ideal e outra dimensão real ou fática, essa última representada pela realidade social do direito.

A partir das premissas referidas, torna-se evidente que o direito processual civil deve ser estudado a partir de duas marcas essenciais: o culturalismo e o constitucionalismo, o que fica ainda mais lúcido no pensamento de Daniel Francisco Mitidiero¹² ao referir que o direito processual recebe os fluxos e contrafluxos da vida social.

Marco Félix Jobim¹³ sintetizou com muita precisão esta percepção, ao afirmar que a constituição é uma manifestação cultural. Todavia, o pensamento mais influente sobre o tema provém do processualista Galeno Lacerda, para quem o processo é uma construção humana, fruto da cultura de uma sociedade inserida em determinada época.¹⁴

Nessa perspectiva, a ideologia do direito constitucional, é fruto dos valores da sociedade da qual emana, que fatalmente deverá permear todo o direito processual, orientando a estruturação de seus institutos,¹⁵ ou seja, a constituição influencia a todos ramos do direito, conformando-os a sua ideologia.

Desse modo, é imperioso que os poderes do juiz sejam estudados a partir destas duas marcas: o culturalismo e o Constitucionalismo, razão pela qual no tópico a seguir serão analisadas as características de cada Modelo de Estado Constitucional existentes.

¹¹ ALEXY, Robert. **O Conceito e a Natureza do Direito**. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.43.

¹² MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.11. Três notas singularizam a experiência jurídica contemporânea no que concerne o direito processual civil: a sabença que o direito pertence à cultura do povo, sujeito aos fluxos e contrafluxos da vida social, a constitucionalização das normas jurídicas fundamentais do processo e a consciência de que este tem de reagir ao direito material, instrumentalizando-o a contento, superando-se a vazia autonomia que o direito moderno impôs ao processo.

¹³ JOBIM, Marco Félix. **Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.71. Complementa: “A afirmação do processualista tem três grandes destaques a serem feitos: primeiro, de que o processo deve ser pensado num paradigma cultural; segundo, o processo deve ser pensado por um prisma constitucional; terceiro, a própria constituição, ou como refere o constitucionalismo, também é manifestação cultural”.

¹⁴ SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.1-2. Disserta: “Em resumo superar o dogmatismo, fazendo com que o Direito se aproxime de seu leito natural, como ciência da cultura, recuperando a sua dimensão hermenêutica”.

¹⁵ ZANETTI JR, Hermes. **Constitucionalização do Processo**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2018, p.168.

2.1 AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DO ESTADO CONSTITUCIONAL LIBERAL, DO ESTADO CONSTITUCIONAL SOCIAL E DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Visando dar coesão ao estudo, nesse tópico serão analisadas as principais características do Estado Constitucional Liberal; do Estado Constitucional Social e; do Estado Constitucional Democrático de Direito.

Para tanto, é imprescindível que seja traçada uma “linha” evolutiva do Estado moderno, o que será feito através de uma incursão no contexto cultural no qual esteve inserido, em especial, na sua primeira versão, o Estado Absoluto.

Ciente de raízes históricas da origem Estado moderno, será possível avaliar o nascedouro do Estado Constitucional (Estado de Direito), bem como as características de suas versões mais conhecidas, ou seja, as peculiaridades do Estado Constitucional Liberal, do Estado Constitucional Social e do Estado Constitucional Democrático de Direito, bem como de suas respectivas repercussões na função da jurisdição e nos poderes dos juízes.

A primeira referência histórica deve ser buscada nos acontecimentos da Idade Média, de onde “floresceram” os motivos pelos quais fez-se erguer o Estado Moderno. Norberto Bobbio¹⁶ descreveu que durante o medievo, o Direito não era produzido pelo Estado, mas fruto da sociedade civil, formada por diversos grupos políticos, cada um dos quais apresentando as suas regras próprias.

O autor afirma também que o papel do juiz no Estado medieval diante de uma controvérsia era de escolher entre a norma estatal e a norma oriunda da sociedade civil, ora se baseando na equidade, ora em normas ditas por juristas, razão pela qual coexistiam o direito natural e o direito positivo.¹⁷

Essa pluralidade de fontes conduziu os homens a um “estado de natureza”, fomentado por guerras e disputas de toda ordem. Para Thomas Hobbes¹⁸, este “estado de anarquia” somente poderia ser neutralizado com a centralização do poder, com a criação do Estado (soberano) que detivesse a coerção e monopolização do poder normativo. Toda força deveria estar centralizada no soberano, quem teria a capacidade de impor o cumprimento das leis. Portanto, foi o grande teórico do Estado Moderno, e também precursor do Positivismo Jurídico, motivado pela reação à anarquia das guerras da religião e à toda desordem por ela provocada. O Direito é fruto da autoridade com base num elemento puramente formal e o ato justo é aquele praticado conforme a lei.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: ícone, 2006, p.29.

¹⁷ Ibid., p. 27.

¹⁸ HOBBS (citado por BOBBIO, op.cit., p.35).

O Estado absolutista foi marco inicial do novo modelo, período em que Estado passou a ter a monopolização na produção do Direito e de sua aplicação, seja elaborando leis, ou reconhecendo os costumes no direito positivo. Todavia, o absolutismo colocou o soberano acima da lei, com poderes ilimitados.¹⁹

O soberano só estava limitado pela sua própria consciência, razão pela qual a Europa começou a ficar “fatigada” pelos excessos do absolutismo, especialmente a burguesia, que começou a demandar uma maior participação na máquina governamental.²⁰ No entender de Lenio Streck e José Luis Bonzan de Moraes²¹ a burguesia não se contentava mais em apenas ter o poder econômico, almejava obter também o poder político, fundado numa Constituição.

Nesse período, as grandes ideias de liberdade e igualdade ganharam expressão no pensamento de John Locke; ganharam dinamismo nas ideias de Montesquieu e traços de realidade na obra de Jean-Jacques Rousseau. Todavia, foi a obra *Espírito das Leis*, de Montesquieu, que se enalteceu com maior veemência o ideário de liberdade e a destruição da tirania. As técnicas de liberdade e seus instrumentos de garantia foram os grandes legados de sua obra, ideias que influenciaram a burguesia e, conseqüentemente o movimento revolucionário de 1789, conforme descreveu Paulo Bonavides²².

Nesse contexto, surge o Estado Constitucional Liberal (Estado de Direito), visto que baseado na supremacia da lei, na limitação do Poder estatal, na separação dos Poderes e num catálogo mínimo de Direitos Fundamentais, características essenciais de um Estado de Direito.²³

Para Antonio Paim²⁴ o Estado é denominado liberal, em razão da influência do pensamento político do liberalismo, ou seja, por influência de um conjunto de ideias, valores e princípios, que através da experiência histórica, serviu de base a um sistema que visa assegurar a liberdade individual na religião, na moral, na política e na economia.

Nas palavras de Bobbio²⁵, “o liberalismo é uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas, e como tal, contrapõe-se tanto ao Estado absoluto quanto ao Estado que hoje chamamos de Social”.

¹⁹ BOBBIO, 2006, p.35.

²⁰ BONAVIDES, 2013, p.272.

²¹ STRECK, Lenio; MORAES, José Luis Bonzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p.62.

²² BONAVIDES, op cit., p.272.

²³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo**. 4.ed. São Paulo: Saraiva: 2013, p.27.

²⁴ PAIM, Antônio. **História do Liberalismo Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: LVM, 2018, p.255.

²⁵ BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Edipro, 2017b, p.46.

Para Michael Sandell²⁶ os liberais defendem os mercados livres e se opõe a regulação do governo, em nome da liberdade humana. A principal alegação dos liberais é que cada um de nós tem o direito fundamental à liberdade, ou seja, temos o direito de fazermos o que quisermos com aquilo que nos pertence, desde que respeitemos o direito dos outros de fazer o mesmo.

Os liberais sustentam que a efetividade deste ideário está diretamente relacionada com a proteção dos direitos fundamentais à vida, à liberdade e à propriedade privada, sendo esta última o meio para atingir os fins máximos do liberalismo.²⁷

Para Roger Scruton²⁸ o pensamento liberal a ordem política serve para garantir a liberdade individual, sendo que a autoridade e a coerção só podem ser usadas em proteção de tal ideário.

Assim, primeira modalidade de Estado Constitucional (Estado Constitucional Liberal) teve compromisso com a liberdade, cujas constituições tinham caráter inspiração individualista, quando se formaram a grande camada de direitos fundamentais de primeira dimensão.

No pensamento de Lenio Streck e José Luis Bonzan de Moraes²⁹ um dos pressupostos do Estado Constitucional Liberal é a mínima intervenção, a sua função se restringia proteger a ordem, a segurança, as liberdades civis, a liberdade pessoal e assegurar a liberdade econômica dos indivíduos.

Todavia, a partir de meados do século XIX, as mudanças sociais começaram a implicar numa atuação mais interventiva do Estado, embora de forma gradual. Tais intervenções vieram a caracterizar uma fase intervencionista do Estado Constitucional Liberal, abrindo o caminho para o surgimento do Estado Constitucional Social.

Para Lenio Streck e José Luis Bonzan de Moraes³⁰ vários fatores contribuíram para o aumento do intervencionismo, tais como: a) a revolução industrial; b) a primeira guerra mundial; c) a crise econômica de 1929; e d) a segunda guerra mundial.

De acordo com Lenio Streck e José Luis Bonzan de Moraes³¹ na medida que o papel interventivo incipiente e ocasional do Estado Constitucional Liberal se intensificou, percebeu-se que as regulações advindas desta atuação estatal, em especial, do aspecto social e do processo

²⁶ SANDELL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. 25.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p.78.

²⁷ MISES, Ludwig Von. **Crítica ao Intervencionismo**: estudo sobre a política econômica e as ideologias atuais. 3.ed. rev. ampl. São Paulo: LVM, 2019, p. 165.

²⁸ SCRUTON, Roger. **Como ser um Conservador**. 5.ed. Rio de Janeiro: Record, 216, p.105.

²⁹ STRECK; MORAES; 2019, p.62.

³⁰ Ibid., p.71.

³¹ Ibid., p.7.

produtivo, não poderia ser algo apenas para a “correção” do sistema, mas sim com vistas a estabelecer uma justiça social.

Conforme a descrição de Luiz Roberto Barroso³² foi então, que surgiu o Estado Constitucional Social (*welfare state*), com marco histórico referencial na Constituição de Weimar em 1919, cuja elaboração sofreu influência de diversas vertentes ideológicas, que além de outras previsões, contemplou o catálogo de direitos fundamentais de origem liberal (direitos individuais), bem como direitos sociais, razão pela qual foi considerada como marco do constitucionalismo social.

Conforme salientaram Lenio Streck e José Luis Bonzan de Moraes³³ diante dessa conjuntura, o Estado Constitucional Social se caracteriza como “aquele que garante os tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, como direito político, o que diferencia categoricamente do intervencionismo anteriormente referido”.

Percebe-se que o Estado Constitucional Social não renegou as conquistas liberais, mas agregou o cunho social como direito da coletividade, tornando o desenvolvimento social como pauta das ações do ente público, redimensionamento a noção de igualdade meramente formal para igualdade material.

Todavia, tanto o Estado Constitucional Liberal quanto o Estado Constitucional Social nem sempre adquiriram as feições democráticas, uma vez que independem do regime de governo.³⁴ A democracia apenas demonstra quem é o “dono” do poder (maioria), mas não aponta como será exercido, ou seja, se limitado ou não.

Tal raciocínio parece ser difícil de se visualizar, pois na maioria dos casos a democracia serve como uma barreira para a existência de Estados autoritários, todavia esta premissa nem sempre é verdadeira. É suficiente que seja lembrado que muitas das violações a direitos individuais ocorreram através de consentimento dos parlamentos, em Estados democráticos, numa espécie de tirania da maioria.

Assim, um regime democrático não é garantia de respeito a direitos individuais, motivo pelo qual liberalismo e democracia não possuem mesmo significado conceitual, embora a sua combinação seja o ideal para o uma sociedade justa. Pergunta-se, por que liberalismo difere de regime democrático?

A resposta é muito mais simples do que se imagina, pois enquanto a democracia indica de quem é o poder, o liberalismo apenas diz que este poder deve ser limitado. Se o poder for

³² BARROSO, 2013, p.56.

³³ STRECK; MORAES; op cit., p.79.

³⁴ BONAVIDES, 2015, p.681.

limitado o Estado será liberal, se não for limitado, será absoluto. Então, é falsa a antítese entre democracia e autoritarismo, logo a verdadeira antítese se dá entre liberalismo e autoritarismo.

É claro que tais questões teóricas são essenciais, conforme sintetiza Norberto Bobbio³⁵: a) quem detém o poder, que nesse caso pode ser somente um (monarquia); pode ser somente alguns (Oligarquia); ou pode ser a maioria (democracia); b) como esse poder é exercido, ou seja, se quem comanda pode ter poder ilimitado (absolutismo), ou quem comanda pode ter poderes limitados (liberalismo).

Nesse sentido, existiram Estados Liberais com farta previsão direitos individuais, mas que não tiveram origem na soberania popular. Da mesma forma ocorrera com Estado Constitucional Social, ou seja, nem sempre os direitos sociais foram obras do processo democrático, o que permite afirmar que tais modelos podem aparecer tanto em regimes democráticos quanto autoritários.³⁶

Para Lenio Streck e José Luis Bonzan de Moraes³⁷ somada à questão democrática referida, cabe salientar que no Estado Constitucional Social, muito embora a lei tenha adquirido uma função fundamental para a promoção do bem-estar, não veio acompanhada por uma concretização efetiva e de um caráter dirigente no sentido de transformar a realidade. A ausência de implementação decorreu de inexistente reformulação dos Poderes e das instituições. É a partir desta perspectiva que nasce a noção de Estado Democrático de Direito, que tem como cerne o caráter transformador da realidade, através da participação pública na construção de um novo projeto de sociedade, que aprofunda o papel promocional na busca de igualdade.

O Estado de Direito Democrático não representa uma ruptura em relação aos modelos anteriores, mas sim um aprofundamento, é um plus normativo, porquanto, vai além da mera adaptação da ordem estabelecida (manutenção do status quo), destacando-se no seu aspecto de transformação da realidade, na busca da igualdade, com um caráter nitidamente dirigente.³⁸

Dentro dessa perspectiva, Lenio Streck³⁹ salientou que as constituições começaram a refletir em seus conteúdos a pretensão reformadora do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, tanto a lei quanto às constituições passaram a atuar como instrumento dirigente do futuro da sociedade.

³⁵ BOBBIO, 2017b, p.10.

³⁶ Ibid., p.7.

³⁷ STRECK; MORAES; 2019, p.79.

³⁸ Ibid.

³⁹ STRECK, Lenio. **Hermenéutica Jurídica em Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.47-54.

No referido modelo de Estado, portanto, pretende-se a modificação profunda do modo de produção capitalista e a instalação de uma organização social que se possa implantar superiores níveis de igualdade e liberdades. Trata-se de um modo de proceder dos Poderes Públicos, dirigidos axiologicamente, com o objetivo de uma mudança profunda da estrutura econômica e social, conforme Lenio Streck e José Luis Bonzan de Moraes⁴⁰.

Portanto, Lenio Streck⁴¹ pontuou que todas as características redefiniram o papel do Poder Judiciário na sociedade moderna, uma vez que a função jurisdicional passou a ter maior responsabilidade na implementação de uma sociedade justa, igualitária e solidária. O novo papel do Poder Judiciário também implicou num redimensionamento na relação entre os Poderes, deslocando dos centros das decisões do Legislativo e Executivo, para o plano jurisdicional.

A assunção de certo protagonismo pelo Poder Judiciário decorreu dos valores que inspiraram o Estado Democrático de Direito, cujas premissas e vertentes ideológicas deram novos contornos à função da jurisdição, ao processo, e aos poderes dos juízes, razão pela qual merecem um estudo mais detido.

2.1.1 A Função da Jurisdição e dos Poderes do Juiz no Estado Constitucional Liberal, no Estado Constitucional Social e no Estado Democrático de Direito

Durante o período de vigência do Estado Constitucional Liberal houve claro predomínio da legislação, levando tanto o Poder Executivo quanto o Poder Judiciário a manterem uma relação de “subordinação” com o Poder Legislativo. Embora a ideia de constitucionalismo esteja vinculada à limitação de poderes, na prática o legislativo não se submetia a quaisquer dos outros poderes.⁴²

Somente o Poder Legislativo criava o Direito, cujas leis decorriam da soberania popular, o que em tese, fornecia-lhes o caráter de justas, claras, completas e previsíveis.⁴³ Nesse período, o papel dos juízes foi reduzido à mera aplicação do texto da legal, visto que a percepção era de que a lei era justa, clara, geral e capaz de regular todos os conflitos.⁴⁴

⁴⁰ STRECK; MORAES, 2019, p.79.

⁴¹ Ibid., p.54.

⁴² LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático**: ativismo judicial e diálogo constitucional. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p.21.

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria do processo civil. v.1. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017, p.33.

⁴⁴ BOBBIO, 2017b, p.7.

As ideias revolucionárias do Estado Constitucional Liberal acabaram por influenciar os conceitos clássicos de jurisdição, os quais, basicamente, restringiam a jurisdição à função de atuação da vontade da lei.

As premissas teóricas do Estado Constitucional Liberal apareceram de forma clara no pensamento de Giuseppe Chiovenda, de Francesco Carnelutti, de Enrico Tullio Liebman, os quais, basicamente, restringiram a função jurisdicional à atuação da vontade da lei. Giuseppe Chiovenda por exemplo, sustentava que a jurisdição servia à aplicação do texto legal, ou seja, era a atuação em concreto da vontade abstrata do legislador.⁴⁵ Ovídio Baptista da Silva⁴⁶ também salienta que o processualista mencionado entendia que a tarefa dos juízes era de afirmar e atuar a vontade da norma.

Percebe-se, que para Chiovenda⁴⁷ o Direito preexistia na lei, sendo a função do juiz meramente declarativa, desvendando o único sentido existente no ato do legislador. Por sua vez, a doutrina de Francesco Carnelutti afirmava que a função da jurisdição era a justa composição da lide, criando uma norma individual para regular o caso concreto.

As duas teorias variavam apenas num aspecto, numa o juiz declarava a norma geral, sem produzir a norma individual e em outra o juiz criava a norma individual, baseado em uma norma geral, mas ambas possuem o mesmo vício, ou seja, de partirem da premissa da supremacia da lei e da onipotência do legislador.⁴⁸

Da mesma maneira, Enrico Tullio Liebman⁴⁹ fiel aos ensinamentos de Carnelutti, adotou o mesmo paradigma filosófico, visto que considerou que a função da jurisdição era somente compor os conflitos entre os homens, o que se atingia mediante a aplicação da lei.

O equívoco principal destas teorias decorreu da percepção de que a lei continha todo o material normativo, o que determinava que a função da interpretação era apenas declarar a única vontade abstrata do legislador.⁵⁰

Tal ocorrência tinha a sua razão de ser, porque o Estado liberal pretendia eliminar qualquer legado do antigo regime absolutista, razão pela qual elegeu a legalidade como um princípio supremo na defesa de seus vetores ideológicos.

⁴⁵ MARINONI; MITIDIERO; ARENHART, 2017, p.42.

⁴⁶ SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Direito Processual Civil**: processo de conhecimento. v.1. 7.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.15.

⁴⁷ MARINONI; MITIDIERO; ARENHART, op cit., p.42.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. v.1. Tocantins: Intellectus, 2003, p.23.

⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. 3.ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, op cit., p.104.

Com a passagem do Estado Constitucional Liberal ao Estado Constitucional Social as tarefas dos magistrados se multiplicaram, incrementaram-se os poderes dos juizes, o que influenciou diretamente a função da jurisdição, especialmente a organização do processo e o papel do Poder Judiciário na sociedade.⁵¹

Com o advento do Estado de Bem-Estar Social houve profunda modificação do Direito e do papel do Estado, visto que este modelo privilegiou a política social, o que implicou em mudanças profundas na técnica legislativa, agora com caráter promocional, afetando diretamente a atuação da magistratura.⁵²

Os juizes foram “chamados” para o compromisso de garantir efetividade aos direitos fundamentais (dimensão objetiva dos direitos fundamentais), razão pela qual os seus poderes ganharam novos contornos, não somente em relação à jurisdição constitucional, sobretudo na sua atuação em geral.

A função dos juizes passa ser mais ativa na concretização de direitos constitucionais, papel que foi viabilizado tanto por mudanças na legislação processual quanto pela leitura do processo a partir dos direitos fundamentais.

A noção de supremacia da lei acaba sendo substituída pela noção de supremacia da constituição, com a promulgação de textos constitucionais marcados pela presença de direitos fundamentais, com a criação Tribunais Constitucionais na Europa para a garantia da prevalência do texto da lei maior (jurisdição constitucional).⁵³

O Estado Constitucional Social, em síntese, acarretou uma tríplice alteração em relação à compreensão do Direito. A primeira, se deu em relação à teoria das normas com a desvinculação entre texto e norma, ocasião que seu estudo passou a ser realizado a partir de princípios, regras e postulados.⁵⁴

A segunda mudança, teve relação com a técnica legislativa empregada, que, num primeiro momento, era caracterizada pelo uso de técnica casuística e rígida, passando, num segundo momento, para a aplicação não somente da técnica casuística, mas também a partir de uma técnica aberta.⁵⁵

⁵¹ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.15.

⁵² CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p.41.

⁵³ LEITE, 2017, p.21.

⁵⁴ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.16.

⁵⁵ Ibid.

A terceira grande mudança diz respeito à interpretação, visto que o pressuposto de que a atividade jurisdicional constitui uma atividade de reconstrução do sentido normativo, de proposições e dos fatos, haja vista o caráter não cognitivista e lógico-argumentativo do direito.

Como referido no tópico anterior, no Estado Constitucional Social, muito embora a lei tenha adquirido uma função fundamental para a promoção do bem-estar, não veio acompanhada por uma concretização efetiva e da reforma das instituições. Ademais, tanto o Estado Constitucional Liberal quanto o Estado Constitucional Social (*Welfare State*) nem sempre adquiriram feições democráticas.

Foi a partir desta perspectiva que nasceu a noção de Estado Democrático de Direito, tendo como cerne o caráter transformador da realidade, através da participação pública na construção de um novo projeto de sociedade, que aprofunda o papel promocional na busca de igualdade.⁵⁶

Novamente, os contornos dos poderes dos juízes mudam de patamar, visto que ainda mais compromissados com os direitos fundamentais, caminho através do quais se busca a concretização de uma sociedade livre, justa e solidária.⁵⁷

O princípio democrático, além de princípio estruturante, também adquire a feição de direito fundamental de quarta geração, assegurando, no plano normativo, a participação pública tanto no processo de formação das decisões estatais quanto no controle de seu exercício. Visa-se garantir que os poderes do Estado sejam exercidos em prol de todos os segmentos sociais, de forma legítima, não arbitrária, reduzindo as desigualdades.⁵⁸

O Estado Democrático tem valor axiológico e procedimental. O primeiro está relacionado com a constante transformação para melhor da sociedade, vinculado aos objetivos de dada organização social. O segundo, vincula-se tanto aos limites ao exercício do poder quanto à forma de garantir a sua efetividade, o que é almejado através de técnicas processuais que promovam os direitos fundamentais, em especial aqueles mais amplos, como a efetividade e a segurança jurídica.⁵⁹

Desse modo, o aspecto procedimental é um meio de dar efetividade aos direitos fundamentais, bem como um instrumento à segurança jurídica, ou seja, de que a busca por efetividade não se dará a qualquer custo, desrespeitando direitos processuais fundamentais.⁶⁰

⁵⁶ STRECK; MORAES, 2019, p.79.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid.

E mais, a segurança jurídica nesse modelo de Estado, também adquire a feição de aplicação isonômica do direito, com a formação de precedentes judiciais, o que se vincula a busca incessante por igualdade do Estado Democrático de Direito.

Assim, a função da jurisdição no Estado Democrático de Direito visa a tutela de direitos e a formação de precedentes judiciais. Nesse contexto, ganha relevo o estudo do direito processual civil à luz dos direitos fundamentais, para que se compreenda, com melhor detalhamento, os poderes do juiz no processo, especialmente aqueles vinculados à instrução processual.

2.1.2 A Transformação do Processo Civil sob a ótica dos Direitos Fundamentais

Nesse momento do estudo, é imprescindível estabelecer as consequências práticas do desenvolvimento científico do direito processual civil a partir dos direitos fundamentais.

Trata-se, na verdade, de reconhecer que o processo atravessa uma nova fase metodológica, na qual os direitos fundamentais, a partir de sua perspectiva objetiva e impõem que o processo seja considerado, não mais como uma mera técnica, mas como uma ferramenta essencial para concretização de valores constitucionais, razão pela qual há quem defenda que o processo pode ser considerado como direito constitucional aplicado.⁶¹

A guinada do direito processual civil aos direitos fundamentais é algo recente, fruto da Constituição Federal de 1988. Ao longo de sua história, o processo passou por diversas fases metodológicas, cada qual com características próprias, que são dignas de destaque e que guardam a sua relação de adequação com o momento cultural de sua época.

No sentido de traçar uma visão panorâmica sobre as fases metodológicas pelas que o processo passou, é relevante referir que, por exemplo, para Daniel Mitidiero⁶², recolhem-se da história alguns endereços culturais que nos remetem, basicamente, a quatro modelos processuais: o praxismo, o processualismo, o instrumentalismo e o formalismo-valorativo.

Na fase praxista, também denominada de sincretista ou imanentista o processo era parte integrante do direito material, notadamente caracterizado por uma interdependência em relação ao direito material, marcadamente destituído de caráter científico, sem uma construção segura dos institutos processuais.⁶³

⁶¹ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.39.

⁶² Id. **Colaboração no processo**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.29-30.

⁶³ DINAMARCO, Cândido Rangel. O Futuro do Processo Civil, **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 92, v.336, p.44 out./dez. 1996.

O ponto sensível dessa fase decorreu de sua fragilidade conceitual, não permitindo que o processo fosse desenvolvido como ciência autônoma do direito material, o que veio a ser o grande fundamento para instauração de uma nova fase.⁶⁴

É possível dizer que o processo na fase praxista não possuía uma natureza técnica, era apenas um procedimento a serviço do direito material. No entanto, esse período teve seu fim em 1868, ano da publicação da obra, *Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais*, do jurista alemão Oskar Von Bulow.

Com a publicação da aludida obra foi devidamente inaugurada uma nova etapa no desenvolvimento do direito processual civil, denominada pela doutrina de processualismo. Esta fase metodológica foi marcada por um profundo desenvolvimento científico do direito processual civil, ao ponto de desvincular-se completamente do direito material.⁶⁵

A partir desse momento houve o reconhecimento do processo como ramo autônomo da ciência do direito, caracterizado por grande desenvolvimento de suas bases fundamentais, permitindo a sua maior independência em relação ao direito material.⁶⁶

No entanto, a autonomia da ciência processual também acarretou consequências nefastas em razão de seu tecnicismo exacerbado. O processo passou a ser concebido como pura técnica, impermeável pelos valores da sociedade na qual estava inserida.⁶⁷

Tamanho autonomia representou o próprio fim dessa fase, porquanto o direito processual restou inteiramente mergulhado em um formalismo sem precedentes, totalmente despreocupado com os anseios sociais.

Embora o processualismo tenha representado apenas um desenvolvimento científico da ciência processual, não é possível ignorar a sua grande contribuição.

Desenvolvidas as bases científicas do direito processual, não demorou muito tempo para que os estudiosos da primeira metade do século XX percebessem as consequências indesejáveis de sua percepção puramente técnica e formal.

⁶⁴ CAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Direito Processual Civil**: teoria geral do processo, processo de conhecimento e recursos. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.7. v.1.

⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Reflexões entre Direito e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.432, out. 1971, p.23.

⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A reforma do Código de Processo Civil. **Revista do Curso de Direito da FUMEC**. Porto Alegre, 2000, p.13. v.2.

⁶⁷ AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e Execução de sentença sob a ótica do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.30.

Nessa conjuntura, originou-se o terceiro momento metodológico do direito processual, denominada de fase Instrumentalista. Essa fase foi sistematizada no Brasil pela Escola Paulista de Direito Processual Civil.⁶⁸

A perspectiva instrumentalista sustenta que o processo civil é um sistema que tem escopos sociais, políticos e jurídicos a alcançar, rompendo com a ideia de que o processo deve ser encarado apenas pelo seu ângulo interno.

Em termos sociais, o processo serve para persecução da paz social e para a educação do povo; no campo político para a afirmação da autoridade do Estado, da liberdade dos cidadãos e para a participação dos atores sociais; no âmbito jurídico, finalmente, ao processo confia-se a missão de concretizar a “vontade concreta do direito”.⁶⁹

Trata-se de um momento em que há uma nova reaproximação, agora mais real e qualitativa, do direito processual em relação ao direito material e, por conseguinte de profunda melhora na prestação da tutela jurisdicional, tornando-se mais efetiva, e na medida do possível, mais célere e justa.

O processo, nessa fase, deixou de ser visto como mero mecanismo com um fim em si mesmo e passou a ser encarado com um meio em que o Estado dispunha para alcançar seus escopos sociais, jurídicos e políticos.

A crítica mais contundente endereçada ao Instrumentalismo parte de Guilherme Rizzo Amaral⁷⁰ ao esclarecer que o processo na fase instrumentalista continua preso à técnica quando juiz se torna escravo dos escopos do próprio instrumentalismo.

Assim, é possível afirmar que a instrumentalidade teve o mérito no sentido de demonstrar que o processo não era um fim em si mesmo, no entanto, essa fase não exauriu o potencial reformista do direito processual,⁷¹ uma vez que a promulgação da Constituição de 1988 desencadeou um estreitamento dos laços entre o direito processual civil e a Constituição até então quase inexistentes.

Consagrando a Constituição Federal de 1988 todas as dimensões dos direitos fundamentais, inclusive com a própria constitucionalização do processo. Como a Constituição Federal acabou prevendo também direitos fundamentais processuais, dotados igualmente de

⁶⁸ PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do direito processual civil brasileiro**: das origens lusas à escola crítica de processo. Barueri: Manole, 2002, p.356.

⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.165.

⁷⁰ AMARAL, 2008, p.34.

⁷¹ LOURENÇO, Haroldo. **Neoprocessualismo, Formalismo Valorativo e suas Influências no Novo CPC**. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br>. Academia Brasileira de Processo Civil. Acesso em: 10 jun. 2021.

todos os atributos dos demais direitos fundamentais, foi criado um ambiente para uma nova fase metodológica do direito processual.

A nova fase metodológica foi desenvolvida na Escola Gaúcha de Processo Civil por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, sendo denominada de formalismo-valorativo.⁷² Carlos Alberto Alvaro de Oliveira⁷³ coloca o processo no centro da teoria geral do direito, estabelecendo uma perfeita relação entre direito e processo e processo e constituição.

Realmente, se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica, mas sim como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado.⁷⁴

O processo passa a ser formado por valores como justiça material, a paz social, a efetividade e a segurança, sendo que estes dois últimos valores são instrumentais àqueles, sendo que os fins do processo se relacionam com os valores referidos, devendo ser atingidos.⁷⁵

Em outras palavras, o processo civil no Estado Democrático de Direito passa a requerer que a sua configuração seja realizada a partir da Constituição indo até ao encontro da legislação processual e retornando da legislação processual à constituição. As normas fundamentais processuais são exemplos disso, estando previstas no Capítulo I, do Título único, do Livro I, do Código de Processo Civil. Nas Normas Fundamentais o legislador positivou determinados direitos fundamentais processuais, os quais consagraram as linhas mestras para a orientação e interpretação do Código de Processo Civil.⁷⁶

A exposição de motivos do código de processo civil de 2015, também reforçou este alinhamento entre processo e a constituição. É referido em seu texto que um dos motivos para um novo código se deu em razão da constitucionalização do processo, o que demandaria um código em harmonia com a constituição, uma vez que é por meio do processo que se realizam valores constitucionais.

Todavia, antes de adentrar propriamente no real significado da transformação do processo à luz dos direitos fundamentais, é imprescindível que sejam compreendidos alguns

⁷² JOBIM, Marco Félix. **Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.127.

⁷³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.acbpc.com.br>. Acesso em: 12 abr. 2021.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Id. **Do Formalismo no Processo Civil**: proposta de um formalismo valorativo. 4.ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010, p.98.

⁷⁶ MITIDIERO; MARINONI; ARENHART, 2019, p.168.

aspectos sobre tais direitos, tais como: conceito, as perspectivas subjetiva e objetiva, quem são seus titulares, quem são seus destinatários e o que significa a sua multifuncionalidade.

A partir dessas premissas teóricas, ficará muito mais compreensível a repercussão dos direitos fundamentais sobre a função da jurisdição e a configuração do processo no Estado Democrático de Direito. Primeiramente, é essencial ter ciência de que os direitos fundamentais são posições jurídicas relacionadas às pessoas, que tanto por sua posição no direito constitucional positivo (fundamentalidade formal) quanto pelo seu conteúdo (fundamentalidade material), gozam de prevalência sobre os demais direitos constitucionais.⁷⁷

Segundo, os direitos fundamentais são direitos subjetivos, ou seja, são posições jurídicas que podem ser exigidas perante os seus titulares (pessoas físicas, jurídicas e entes despersonalizados) em face de seus destinatários (Estado e particulares), ou seja, é um direito que poderá ser exigido judicialmente.⁷⁸

Para além de uma perspectiva subjetiva, caracterizam-se por uma dimensão objetiva, visto que consistem em decisões valorativas que irradiam para todo ordenamento jurídico, apresentando-se como guias para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.⁷⁹

Isso quer dizer que a partir da perspectiva objetiva, os direitos fundamentais adquirem uma função autônoma, no sentido de fornecer impulsos, diretrizes, impondo deveres de proteção permanente em face dos Poderes Públicos (eficácia vertical), bem como em face dos particulares (eficácia horizontal).

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais importa também numa função organizatória, visto que impõe a criação de normas procedimentais, em outras palavras, faz surgir um direito à organização, bem como a um procedimento que auxilie na tutela de direitos.⁸⁰

Terceiro, os direitos fundamentais ainda assumem um caráter multifuncional, ostentando uma função de direito de defesa e direito à prestação. Quer dizer, ora o mesmo direito fundamental, independente de qual geração pertença, pode assumir uma posição jurídica de defesa, ora uma posição jurídica de exigência a uma prestação.⁸¹

⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.89.

⁷⁸ Id; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p.347.

⁷⁹ Id. Notas Introdutórias ao Sistema Constitucional de Direitos e Deveres Fundamentais. In: CANOTILHO, J.J Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.186.

⁸⁰ Id; MITIDIERO; MARINONI, op cit., p.347.

⁸¹ Ibid., p.349.

Em relação ainda ao tema da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, Robert Alexy⁸² sustenta que tais normas implicam em direitos a prestações, podendo estas serem divididas em sentido amplo e em sentido estrito. Os direitos a prestações em sentido estrito se vinculam às prestações sociais, enquanto os direitos a prestações em sentido amplo compreendem tanto os direitos de proteção quanto os direitos de organização e procedimento.

Para Alexy⁸³ os direitos a prestações não representam apenas prestações fático-materiais, mas também ensejam em prestações normativas, incluindo nesse aspecto, por exemplo, normas de organização e procedimento. Assim, para o jurista citado é dever do Estado elaborar atos legislativos procedimentais no sentido de tutelar direitos, bem como é dever do Estado se abster de revogar atos legislativos que promovam a tutela eficiente de direito.

Quando é referido, portanto, que o Estado tem deveres frente aos direitos fundamentais, deseja-se abordar a sua eficácia vertical. Assim, observa-se que esses direitos independentemente da classificação adotada, no que se refere às suas múltiplas funções, acabam por vincular especialmente os Poderes Públicos (eficácia vertical).

Por exemplo, em relação ao Poder executivo, os direitos fundamentais impõem que os seus atos administrativos sejam praticados respeitando os seus comandos, sob pena de nulidade. Ainda em relação à Administração Pública, deverá observar e interpretar os textos legislativos conforme os direitos fundamentais, bem como adotar políticas públicas no sentido de promovê-los e também evitar retrocessos.⁸⁴

Quanto ao Poder Legislativo, deve exercer a sua função no sentido de realizar uma concretização normativa dos direitos fundamentais (prestação normativa), sob pena de inconstitucionalidade por omissão, o que se soma ao dever de se abster de editar atos legislativos contrários aos bens jurídicos tutelados pelos direitos fundamentais, sob pena de inconstitucionalidade.⁸⁵

No que diz respeito ao Poder Judiciário, a este cabe defender os direitos que sejam lesados ou estejam sob ameaça de lesão o que implica no controle dos atos dos demais poderes. Também compete ao Poder Judiciário dar a interpretação que confira a máxima eficácia aos direitos fundamentais e, acima de tudo, respeitando os direitos fundamentais não somente em

⁸² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2016, p.474.

⁸³ Ibid., p.478.

⁸⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 8.ed. rev. e atual. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.149.

⁸⁵ Ibid., p.148.

suas decisões, mas também em suas decisões, ou seja, devem respeito ao direito ao processo justo.⁸⁶

Em síntese, no Estado Constitucional Democrático de Direito ao jurisdicionado deve ser concedida um acesso à ordem jurídica justa, ou seja, a uma tutela jurisdicional que seja adequada e efetiva, mediante um processo justo.⁸⁷

Nessa seara, os direitos fundamentais processuais se destacam, especialmente o direito de acesso à jurisdição (art. 5º, inciso XXXV) e o direito ao processo justo (art. 5º, LIV), uma vez que ambos representam dois valores externos ao formalismo processual, quais sejam: a efetividade e a segurança, os quais acabam por se implicar mutuamente, tornando-se instrumentais em relação aos demais valores que informam o formalismo processual.⁸⁸

Como o direito de acesso à jurisdição significa nada mais que o direito a uma tutela jurisdicional que seja efetiva e adequada, mediante um processo justo, torna-se imprescindível compreender a relação entre esses, ambos direitos fundamentais em relação aos valores de efetividade e segurança e, acima de tudo, quais são seus pontos de contato com os Poderes do Juiz, em especial, os poderes instrutórios, o que será realizado nos tópicos que seguem.

2.2 DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA, ADEQUADA E TEMPESTIVA E TUTELA DE DIREITOS

O artigo 5º, inciso XXXV da Constituição, garantiu a todos brasileiros e estrangeiros residentes o acesso à jurisdição: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.⁸⁹

Através da prestigiada previsão constitucional restou consagrado que direito de ação deve ser pensado numa perspectiva dinâmica, como um complexo de posições jurídicas exercidas no curso de um procedimento, transcendendo ao mero direito a uma sentença, mas sim o direito à prestação de uma tutela jurisdicional que efetiva, adequada e tempestiva, mediante um processo justo.⁹⁰ Resta evidente que o direito de ação é muito mais que a simples possibilidade de requerer a tutela jurisdicional, mas sim de um direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva.

⁸⁶ MENDES; BRANCO, 2013, p.149.

⁸⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. 2.ed. v.1. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2012, p.28.

⁸⁸ OLIVEIRA, 2010, p.102.

⁸⁹ BRASIL. Planalto. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 23 ago. 2021.

⁹⁰ MITIDIERO; MARINONI, ARENHART, 2019, p.253.

Segundo Nelson Nery Júnior⁹¹ “pelo princípio constitucional do direito de ação, além do processo justo, todos têm direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada”. O acesso à justiça não representa, portanto, o simples poder de ajuizar uma ação ou de apresentar defesa, mas sim o direito a uma tutela jurisdicional efetiva na sua dimensão qualitativa.

José Afonso da Silva⁹² também esclarece que o direito ao acesso à justiça não é apenas um direito formal à jurisdição, mas também um direito a uma decisão justa. Kazuo Watanabe⁹³ compartilha do mesmo entendimento, enfatizando que o direito de ação “não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”.

Historicamente, principalmente nos Estados liberais burgueses, o direito ao acesso à justiça foi sempre compreendido sob seu aspecto estritamente formal, despreocupado no sentido de alcançar decisões justas. Contudo, essa visão individualista veio a se enfraquecer e aos poucos foi abandonada.⁹⁴

Operou-se uma profunda transformação conceitual em relação ao direito de ação, passando a ser compreendido como de importância capital para concretização de novos direitos sociais e individuais, porquanto é requisito fundamental para torná-los efetivos.⁹⁵

Mauro Capelletti e Garth⁹⁶ compreendem que o acesso efetivo à justiça pressupõe a paridade de armas, sem a presença de diferenças que sejam estranhas ao Direito. Os autores sustentam que a mais perfeita igualdade é utópica, no entanto convergem no sentido de que é necessária a realização de um esforço visando erradicar ao máximo as diferenças existentes entre os litigantes.

Por fim, os juristas indicam três soluções para o acesso à justiça, as quais foram denominadas de ondas renovatórias. A primeira tratou da assistência judiciária; a segunda da representação jurídica para interesses difusos, e a terceira recebeu o nome de enfoque de acesso à justiça.⁹⁷ A terceira onda renovatória detém a concepção mais ampla de acesso à justiça, e tem por escopo instituir técnicas processuais adequadas e melhor preparar os aplicadores do direito.

⁹¹ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.174.

⁹² SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.135.

⁹³ WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna, In: **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988, p.128.

⁹⁴ CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988, p.1-15.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Ibid.

É inegável que o conceito de acesso à jurisdição vem sofrendo profundas transformações ao longo da história, com equivalente mudança no estudo do direito processual civil, sendo compreendido o direito de acesso à jurisdição, atualmente, como direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Para uma melhor compreensão sobre o que integra o conteúdo da efetividade, convém adotar uma sistematização, que está longe de ser ideal, mas que pode auxiliar nesse ponto do estudo. Quando se refere a um direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva é essencial compreendê-lo como tal, dotado de um núcleo de proteção, razão pela qual é válida a tentativa dar o mínimo de contorno dogmático ao seu conteúdo.

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva é composto por três marcas essenciais, o que permite adotar a terminologia própria, ou seja, de uma efetividade em sentido amplo.

Melhor explicando, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva pode ser compreendido em sentido lato, tendo como um mínimo existencial os seguintes direitos: a) direito à tempestividade da prestação da tutela jurisdicional, o que nos remete à duração razoável do processo; b) direito à adequação entre as técnicas utilizadas e o direito material protegido, ou seja, adequação entre meios e fins, o que demanda técnicas processuais idôneas e, por fim; c) efetividade estrito sensu, o qual se refere às formas de tutela, ou seja, ao direito material deve ser colocadas à disposição não somente tutelas repressivas, mas também preventivas.⁹⁸

Nota-se que é trabalhada como uma noção de eficiência quantitativa, ligada à celeridade do processo, e outra qualitativa, preocupada com a qualidade das decisões judiciais.⁹⁹

É imperioso que sejam compreendidas de formas elásticas todas as formas de tutela, levando em consideração os tipos de conflitos existentes, concedendo elasticidade às formas de tutela, à flexibilidade procedimental, mas, sempre preservando outros direitos fundamentais, especialmente o direito ao processo justo, concretizador deontológico do valor da segurança no Estado Constitucional.¹⁰⁰

O direito de ação não se confunde, portanto, com direito a uma sentença de mérito, mas é composto também por técnicas processuais adequadas para efetivação do direito material. A efetividade da tutela jurisdicional, numa perspectiva dinâmica, impõe o direito a uma decisão

⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela de Direitos**. 3 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.139.

⁹⁹ JOBIM, Marco Félix. **As Funções da Eficiência no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.125.

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança jurídica na perspectiva dinâmica. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**. Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/66>. Acesso em: 25 set. 2021.

de mérito, adaptada à natureza do caso, de modo que seja plenamente satisfeita a necessidade de proteção na demanda, sempre tempestivamente.¹⁰¹

Não deixando pairar dúvidas sobre o tema, para José Carlos Barbosa Moreira a efetividade poderá ser alcançada através de um programa básico *in verbis*: a) previsão de instrumentos adequados para tutela de direitos; b) assegurar a mais ampla possibilidade da reconstrução dos fatos relevantes da causa; c) o resultado do processo deve assegurar à parte vitoriosa pleno gozo do bem da vida postulado e; d) cumpre atingir o resultado referido com o mínimo de dispêndio de tempo e energia.¹⁰²

Visando, dar melhores contornos ao tema, passamos ao estudo de cada um dos elementos integrantes do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Diante de tal contexto, pergunta-se: o que significa um tempo razoável no que se refere ao direito fundamental tutela jurisdicional efetiva?

A discussão sobre a duração razoável do processo ganhou contornos mais robustos a partir do art. 5º, § 2º que nesse sentido dispõe: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.¹⁰³

No Brasil, mesmo sem uma previsão explícita em nossa Constituição Federal de 1988, a aplicação de tal princípio já era defendida a possibilidade de sua aplicação, tendo em vista que o Brasil era signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica).

A Convenção Americana dos Direitos do homem foi criada em 1969, adquirindo eficácia internacional em 1978. Em solo brasileiro, a norma internacional teve seu texto aprovado pelo Congresso Nacional mediante o Decreto nº 27, de 26/05/1992, cuja Carta de Adesão à Convenção foi protocolada em dezembro do mesmo ano.¹⁰⁴

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, a direito à duração razoável do processo passou a integrar o nosso texto constitucional, momento em que as controvérsias existentes foram dirimidas, restando apenas aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário buscarem a sua concretização.

¹⁰¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Efetividade e Técnica Processual**. Disponível em: <http://ablj.org.br/revistas/revista7/revista7%20JOSE%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA%20-%20Efetividade%20do%20Processo%20e%20tecnica%20processual.pdf>. Acesso em: 20 set. 2021.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ BRASIL. Planalto. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 23 ago. 2021.

¹⁰⁴ TUCCI, Rogério Cruz e. *Duração Razoável do Processo*. In: MARTINS, Ives Granda da Silva (Coord.); JOBIM, Eduardo. **O Processo na Constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.337.

O conhecimento da duração razoável do processo passa por saber o que não seja a razoabilidade referida. Segundo José Carlos Barbosa Moreira¹⁰⁵ a duração não razoável significa dilações indevidas, eis o pensamento do autor: “efetivou-se, outro assim, ao longo tempo, a necessária exegese da abrangência do dispositivo em apreço, tendo-se, unanimemente, como dilações indevidas”.

Imperioso dizer que não pode ser considerada como dilação indevida a mera inobservância de prazos, tendo em vista a complexidade e a multiplicidade demandas existentes, bem como, em razão de que o termo “razoável” é vago e impreciso. Partindo da premissa acima, também não é conveniente que se estabeleçam prazos estáticos, em “tabelas”, visto que é impossível prever a riqueza de desdobramentos que a demanda pode apresentar.

Entretanto, existiriam critérios para se aferir a razoabilidade do tempo processual? A resposta para tal indagação é positiva. Existem critérios que ao longo do tempo foram fixados pela jurisprudência da Corte Europeia de Direitos do Homem, segundo a qual as circunstâncias do caso devem ser levadas em consideração para que seja possível constatar a presença de um tempo patológico no processo.

A Corte Europeia assentou alguns critérios objetivos utilizados para determinação da duração razoável do processo, mediante o cotejo com as particularidades do caso concreto, nomeadamente: a) a complexidade do litígio; b) a conduta pessoal da parte lesada; c) a conduta das autoridades envolvidas no processo.¹⁰⁶

A fixação de tais critérios é o reconhecimento de que a visualização de dilações indevidas passa por um conceito jurídico indeterminado,¹⁰⁷ o que demandou a necessidade de se estabelecer elementos mínimos. É importante referir que os requisitos referidos se aplicam ao processo administrativo, bem como ao processo penal e ao processo civil.

Visto o primeiro aspecto da efetividade, cabe enfrentar o tema da adequação. Com relação à adequação entre meios e fins, exige que para a tutela jurisdicional seja efetiva, exige que sejam idôneas para a proteção do direito sobre ameaça ou lesado, ou seja, não é qualquer técnica processual, mas aquela que seja mais apta a tutelar o direito material.¹⁰⁸

Nessa seara, destacam-se as técnicas de urgência e evidência (art. 300) previstas na legislação processual. Também se destacam as técnicas executivas típicas e atípicas, a possibilidade de convenções processuais atípicas, bem como a previsão convenções processuais

¹⁰⁵ JOBIM, 2008, p.326.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Id. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: RT, 1997, p.68.

¹⁰⁸ MARINONI, 2010, p.139.

típicas, incidente de resolução de demandas repetitivas, incidente de assunção de competência, produção antecipada de prova, incidente de desconsideração de personalidade jurídica, do julgamento parcial antecipado de mérito, da cláusula geral dos poderes do juiz e dos poderes instrutórios do juiz.

No que se refere à efetividade em sentido estrito, o qual se refere às formas de tutela, ou seja, ao direito material deve ser colocada à disposição não somente tutelas repressivas, mas também preventivas. No direito brasileiro, a tutela preventiva pode ser tutela contra ilícito (inibitória) ou contra a sua continuidade e extinção do ilícito (remoção do ilícito).¹⁰⁹

Portanto, o denominado “direito de agir em juízo” não se exaure no direito subjetivo de obter um pronunciamento judicial qualquer ou em movimentar a máquina judiciária, compreendendo uma “atividade judicial mínima, dirigida à tutela de uma posição substancial de vantagem [...], envolvendo conteúdos ativos e positivos, dentro os quais um procedimento probatório adequado”.¹¹⁰

Para uma melhor compreensão da conexão existente entre direito ao direito fundamental à tutela efetiva é imprescindível entender que “a prova tem por finalidade convencer o juiz quanto à existência ou inexistência dos fatos sobre o que versa a lide”,¹¹¹ e não esquecer que o direito à prova “é compreendido como o conjunto de oportunidades conferidas às partes no sentido de demonstrar a veracidade de suas afirmações de fato no processo para julgamento”.¹¹²

Ainda, que seu destinatário é o juiz da causa, haja vista que é através do acervo probatório que o magistrado formará o seu convencimento, o que evidencia o direito e o encargo que os litigantes possuem de influenciar na formação da convicção judicial em todas as etapas do procedimento, sem a qual não existirá acesso efetivo à justiça.¹¹³

Não é para menos, “isso porque, entre os requisitos de um processo efetivo, *équo e giusto*, aponta-se a justiça da decisão, que pressupõe a exata reconstrução da matéria fática”.¹¹⁴ Assim, é correto afirmar que o “direito de ação tem diversos corolários, iniciando com o direito de participar adequadamente do processo, mediante a apresentação de alegações e de produção de provas em prazo racional, e de influir sobre o convencimento do juiz”.¹¹⁵

¹⁰⁹ MARINONI, 2010, p.139.

¹¹⁰ KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.7.

¹¹¹ SANTOS, 2011, p.387.

¹¹² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. III. São Paulo: Malheiros, 2017, p.47.

¹¹³ SOARES, Fábio Costa. **Acesso do Consumidor à justiça**: os fundamentos constitucionais do direito à prova. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.84.

¹¹⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 27.

¹¹⁵ CANOTILHO; MENDES; SARLET, 2013, p.362.

A finalidade da prova no direito processual civil estabelece uma relação direta entre a descoberta da verdade e a justiça da decisão, sem a qual não se pode pensar em acesso real à justiça. Sobre a relação entre verdade e o processo Michele Taruffo¹¹⁶ disserta:

A Administração da Justiça é uma área do sistema jurídico na qual se coloca com maior e mais dramática evidência o problema da verdade e das conexões com o direito. Em qualquer tipo de processo-civil, penal, administrativo e também constitucional ocorre de a decisão entrelaçar a verificação dos fatos que são relevantes para aplicação do direito. Em muitos casos, em realidade, o verdadeiro, problema essencial que o juiz deve resolver concerne- mais do que a interpretação da norma que deve aplicar como regra de decisão- aos fatos que compõe o objeto da controvérsia aos quais a norma deve ser aplicada. Essa relevância dos fatos vai definida, no entanto, de um modo muito específico nesses termos: no processo os fatos determinam a interpretação e aplicação do direito enquanto a verificação da verdade dos fatos é condição necessária para a justiça da decisão. Essa afirmação aparece fundada tão somente se se considerada que numa decisão pode ter-se como justa se fundada na verificação dos fatos relevantes falsa ou errônea: a aplicação correta da norma de direito pressupõe que tenha sido verificado o fato indicado no suporte fático da norma e que a mesma norma individualizada como condição necessária para que se verifiquem no caso particular os efeitos jurídicos que a mesma norma disciplina.

As palavras do jurista italiano não deixam qualquer dúvida sobre a profunda relação entre a verdade e justiça. Somente será alcançada uma decisão justa se houver uma adequada verificação dos fatos relevantes da causa, garantida esta pela mais ampla participação das partes na formação do convencimento do órgão julgador.

Na solução de qualquer conflito tanto o direito quanto o dado fático são de singular importância. Logo a adequada avaliação dos fatos, é condição fundamental para a prática da justiça.¹¹⁷ Há a necessidade de conceder às partes a mais ampla possibilidade de ter acesso às fontes e aos meios de provas, evitando-se uma cognição deficiente decorrente da avaliação equivocada dos fatos.

O adequado diálogo entre as partes, mediante um contraditório efetivo, garantidor da participação e de influência dos litigantes na formação do convencimento do juízo é condição necessária para prestação de uma tutela jurisdicional efetiva. Sem a observância do direito à prova tal objetivo será inviabilizado, já que as partes estarão impedidas de participarem efetivamente da formação do convencimento do juízo.¹¹⁸

¹¹⁶ TARUFFO, Michele. **Processo Civil Comparado**: ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p.36.

¹¹⁷ WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 70.

¹¹⁸ CARPES, Arthur. Apontamentos sobre a Inversão do ônus da Prova e a Garantido Contraditório. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). **Prova Judiciária**. Estudos sobre Direito Probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.33.

Segundo Fredie Didier Jr.¹¹⁹ o direito à prova possui um conteúdo mínimo: a) Direito de produzir provas; b) o direito de participar da produção da prova; c) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; d) o direito ao exame ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida.

Contudo, deve-se perder de vista de que o juiz é o destinatário da prova, visto que é através dela que formará a convicção. Em nosso modelo constitucional, como se percebe, o juiz está comprometido em prestar uma decisão justa, pautado pela busca de um juízo de certeza (verdade possível), razão pela qual deverá proceder um adequado exame das provas, e também ser detentor de poderes de instrutórios.

O Código de Processo Civil inspirado por tais vetores, dotou o juiz de poderes instrução no art. 370, mas deixou em aberto quais seriam os critérios para o seu legítimo exercício, o que demanda um estudo desse instrumento sob o prisma da efetividade e da segurança jurídica.

Tal afirmação tem uma premissa lógica, a justiça do caso concreto não pode ser pensada somente sob o prisma da efetividade, mas também através de um processo justo, pela a segurança em suma, por uma justa adequação entre ambos direitos fundamentais. A justiça do caso concreto deve ser atingida com máxima eficácia e segurança para atender aos ditames da função da jurisdição no Estado Democrático de Direito.¹²⁰

2.3 DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO JUSTO E À SEGURANÇA JURÍDICA NO PROCESSO

Nesse tópico será estudado o direito fundamental à segurança jurídica, em especial a sua dupla manifestação no âmbito processual, ou seja, a segurança jurídica pelo processo (dimensão externa) e segurança jurídica no processo (dimensão interna).

É importante frisar que embora exista esta dupla dimensão, para fins de estudo, adotar-se-á como referência a segurança jurídica no processo, ou seja, em sua perspectiva interna, visando uma adequação procedimental que auxilie na estruturação dos poderes instrutórios do juiz.

¹¹⁹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução do direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18.ed. rev. atual e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016, p.18.

¹²⁰ OLIVEIRA Carlos Alberto Alvaro de. **Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica**. Pernambuco (2009). Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/66> Acesso em: 15 jun. 2021.

Como referido, segurança jurídica no âmbito processual não é vista somente sob o seu aspecto procedimental (dimensão interna), mas também sob seu aspecto externo ao processo, uma vez que compete ao processo também viabilizar a segurança do Direito como um todo.¹²¹

À luz dessa premissa, o direito fundamental à segurança jurídica deve ser analisado a partir dessa dupla dimensão. Em sua dimensão extensão externa, processo seguro é aquele que garante a tutela efetiva dos direitos, seja através da formação de precedentes, seja através de tutela de direitos mediante instrumentos adequados à prevenção.¹²²

A segurança jurídica pelo processo, ou seja, na dimensão externa, pode ser sistematizada da seguinte forma: segurança-cognoscibilidade e segurança-realização.¹²³ A primeira possui relação imbricada com formação de precedentes judiciais, no sentido de que se deve prestigiar a cognoscibilidade através do processo, uma vez que as normas são produtos do processo hermenêutico extraídos dos textos legislados.

Sabendo-se que a linguagem é polissêmica, bem como em razão da vagueza e da abertura dos textos legais, é inegável que a “clareza” normativa somente será alcançada por meio das decisões judiciais, o que importa em reconhecer um papel criativo dos juízes. Karl Larenz¹²⁴ ao dissertar sobre a problemática da interpretação, afirmou que uma das grandes dificuldades na aplicação do Direito decorre da linguagem dos textos, as quais, em muitas vezes, são mais ou menos flexíveis.

Ricardo Guastini¹²⁵ indo ao encontro da afirmação de Larenz, afirma que o direito sofre de uma dupla indeterminação, uma relacionada à equívocidade dos textos normativos e outra relacionada ao ordenamento jurídico como um todo.

Em outra, a obra clássica sobre o tema, conforme Mauro Cappelletti¹²⁶ deixou claro que é inegável que todo processo de interpretação contempla um certo grau de criatividade, ou seja, de discricionariedade, mas que o juiz jamais é totalmente livre. O autor frisa ainda que em relação ao papel criativo dos juízes é tão claro que chegou a afirmar que o ponto de discussão não é mais seu o juiz tem criatividade ou não, mas sim o grau de criatividade e os modos, limites e legitimidade da criatividade judicial.

¹²¹ MITIDIÉRO, Daniel. A Tutela de Direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional, **Revista de Processo**, v.229, mar. 2014, p.58.

¹²² Ibid., p.54-55.

¹²³ MENDES, 2018, p.118.

¹²⁴ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 5.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p.375.

¹²⁵ GUASTINI, Ricardo. **Interpretar e Argumentar**. Belo Horizonte: D'plácido, 2020, p.43.

¹²⁶ CAPPELLETTI, 1993, p.24-25.

Juarez Freitas¹²⁷ em obra de enorme relevância sobre o tema, dissertou: “por estranho que pareça, Hans Kelsen, em que pese adotar o caminho positivista incongruente, teve o mérito de admitir que as normas jurídicas são molduras e que o intérprete é autenticamente quem delimita o conteúdo das mesmas”. Nota-se, que nessa passagem o autor se refere ao famoso capítulo VIII, da Teoria Pura do Direito, onde Hans Kelsen¹²⁸ admite papel criativo por parte do intérprete.

Por sua vez Carlos Maximiliano¹²⁹ compartilhou das mesmas premissas, reconhecendo o papel criativo dos juízes, ao ponto de chegar a advertir: “em tempos de anarquia, magistrados impolutos decidem, de preferência, pela autoridade; tranquilizados os espíritos, homens de igual inteireza de caráter interpretam os mesmos textos no sentido da liberdade”.

Nesse enquadramento o Poder Judiciário atua em regime de colaboração com Poder Legislativo, uma vez que este fornece parcialmente o material normativo, sendo função dos juízes dar última “palavra” quanto ao significado dos textos, aplicando códigos interpretativos e, assim concedendo a clareza normativa tão necessária para reger comportamentos em sociedade e isso significa a segurança-cognoscibilidade.¹³⁰

Como já referido, a segurança jurídica em sua dimensão externa, ou seja, segurança pelo processo, também significa segurança-realização. Trata-se de um conceito que muito se aproxima da noção efetividade da tutela jurisdicional já estudada, uma vez que os valores efetividade e segurança embora possam entrar em conflito, também estabelecem pontos de convergência e de influência recíproca.¹³¹

A partir das lições expostas, percebe-se uma íntima relação entre direitos fundamentais, de organização e procedimento, que engloba tanto o direito à criação de normas referentes a ritos quanto o direito à interpretação e aplicação das normais procedimentais.¹³² O processo civil acaba por trazer segurança à sociedade, uma vez que existindo lesão ou ameaça de lesão a direitos, tais posições jurídicas serão respeitadas, desempenhando assim uma função de dar segurança sistêmica.¹³³

¹²⁷ FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.41.

¹²⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.394.

¹²⁹ MAXIMILLIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.44.

¹³⁰ CHIASSONI, Perluigi. **Técnica da Interpretação Jurídica**. Trad. Daniel Mitidiero, Otávio Domit, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.131.

¹³¹ OLIVEIRA, 2010, p.102.

¹³² ALEXY, 2016, p.474.

¹³³ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.201.

Passando da dimensão externa (segurança pelo processo) para dimensão interna da segurança jurídica (segurança interna), chega-se ao ponto mais importante para fins desse estudo, uma vez que é preciso trabalhar com a estruturação do processo civil, dando segurança àqueles que atuam por meio de seus atos.

Sem segurança jurídica no processo não há processo justo, que para Carlos Álvaro de Oliveira¹³⁴ são expressões sinônimas, conforme se depreende de um de seus ensaios: “O ideal é que a efetividade virtuosa e qualificada não prejudique o direito ao processo justo (à segurança em suma)”.

A preocupação com a segurança jurídica no processo tem sua razão de ser, uma vez que a efetividade só será razoável se a tutela de direitos decorrer de um processo no qual tenham sido respeitadas todas as garantias processuais, caso contrário não é possível falar em efetividade.¹³⁵

A dupla dimensão da segurança jurídica na seara processual auxilia a compreender que direito fundamental à tutela efetiva não são dicotômicos, mas uma das dimensões da própria efetividade. Um processo seguro é que aquele estabelece uma relação de harmonia entre os direitos fundamentais das partes, sem olvidar das garantias do processo.¹³⁶

A afirmação da existência de um direito fundamental a um processo justo tem seu ponto de partida na própria Constituição, particularmente na cláusula geral do art. 5, LIV, na qual consta que ninguém será privado de seus bens e de sua liberdade sem o devido processo legal. Todavia, tal dispositivo não é o único meio de se chegar a esta conclusão, uma vez que também a cláusula aberta do art. 5, §2º de nossa Lei Maior dispôs que os direitos e garantias fundamentais previstos em nossa constituição não excluem do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte.¹³⁷

O direito ao processo justo é um direito de natureza processual, que impõe deveres organizacionais ao legislativo. Impõe aos juízes que interpretem e apliquem a legislação processual conforme o seu núcleo essencial, uma vez que é um meio para se atingir a justiça do caso.

Todavia, o referido direito fundamental não possui um significado apriorístico, pois se apresenta como uma “roupagem” de cláusula geral, ou seja, é um termo indeterminado no seu

¹³⁴ OLIVEIRA, 2009 [recurso eletrônico].

¹³⁵ CALMOM, José Joaquim de Passos. Cidadania e Efetividade do Processo. **Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil**, Porto Alegre, v.1, n.1, set-out. 2019, p.35.

¹³⁶ MENDES, 2018, p.118.

¹³⁷ REICHEL, Luis Alberto. Considerações a Respeito da Fundamentalidade do Direito ao Processo Justo em Perspectiva Cível na Realidade Brasileira: uma investigação a partir da cláusula de abertura do sistema dos direitos fundamentais. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, ano 2012, set./dez. 2018, p.483. Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Strictu Sensu da UERJ.

suporte fático, sem previsão de consequências jurídicas em caso de sua violação.¹³⁸ Contudo, é inegável que como qualquer direito fundamental possui um núcleo essencial, ou seja, cuja inobservância permite afirmar que se está diante de um processo justo.

Esse núcleo essencial pode ser encontrado inicialmente no capítulo I, do Título único do código de processo civil, em especial o princípio do contraditório, que também adquire novos contornos no Estado Democrático de Direito, haja vista que a percepção da segurança jurídica numa perspectiva dinâmica, impõe uma releitura do tal princípio.

Assim, o princípio do contraditório que deixa de ser mera ciência dos atos pelas partes, percepção formal e típica da visão normativa-legalista do Estado Liberal Clássico, para se transformar em norma que expressa o princípio democrático do Estado Democrático de Direito, caracterizado através da mais ampla participação das partes.¹³⁹

¹³⁸ MITIDIERO, Daniel. **Direito ao Processo Justo**. Porto Alegre. Disponível em: https://www.academia.edu/7231999/direito_fundamental_ao_processo_justo_|_advogada_cbm_-_Academia.edu. Acesso em: 12 jun. 2021.

¹³⁹ REICHEL, Luis Alberto. O Direito ao Processo Justo e suas manifestações no projeto de novo Código de Processo Civil: primeiras considerações. **X Semana de Extensão, Pesquisa e Pós-graduação - SEPesq Centro Universitário Ritter dos Reis**. Disponível em: https://www.uniritter.edu.br/uploads/eventos/sepesq/xsepesq/arquivos_trabalhos/2966/194/168. Acesso em: 12 out. 2021.

3 ASPECTOS TEÓRICOS GERAIS SOBRE DIREITO PROBATÓRIO

3.1 CONCEITO, OBJETO E FINALIDADE DA PROVA

Antes de adentrar no estudo dos poderes instrutórios do juiz é imprescindível que sejam conhecidos alguns conceitos sobre direito probatório que servirão de alicerce teórico para a compreensão do tema. Procura-se assim proceder nesse estudo, uma vez que os conceitos exercem uma considerável influência sobre o investigador, permitindo que a pesquisa inicie com algumas premissas já consolidadas em determinado campo de estudo.

A busca pelos conceitos permite que o estudo principie com maior segurança científica e clareza, e, ao mesmo tempo, viabiliza tanto uma melhor assimilação de seu conteúdo quanto o endereçamento de eventuais críticas para o seu aperfeiçoamento.

Tais conceitos serão explicitados nesse ponto do trabalho. A primeira noção que se deve ter com clareza é que o estudo do tema da prova é objeto do direito probatório, que é compreendido como um conjunto de normas que regulam a descoberta sobre as alegações fáticas do processo, disciplinando não somente a sua admissibilidade, a sua produção, mas também a própria realização e a valoração pelo juiz.¹⁴⁰

Por essa razão, este tópico será inteiramente dedicado ao aprofundamento de tema relacionados ao direito probatório, em especial, ao estudo do conceito, da finalidade e do objeto da prova. É importante ressaltar que não há pretensão de esgotar o tema, porquanto permeado de divergências e dissensos, o que não impedirá que seja fornecido um mínimo de recursos dogmáticos para a compreensão da matéria.

O estudo do conceito de prova, de sua finalidade e de seu objeto ganha relevância, haja vista as suas implicações práticas na compreensão dos poderes instrutórios do juiz. A delimitação do conceito de prova, por exemplo, auxiliará na compreensão diversos outras noções relacionadas ao assunto, especialmente sobre sua finalidade e o seu próprio objeto.¹⁴¹

Iniciando pelo conceito de prova é importante esclarecer que é um engano acreditar que seu estudo seja algo isento de dificuldades e pacífico no âmbito doutrinário. As divergências e dificuldades decorrem de fatores diversos, especialmente por causa das relações imbricadas que o conceito de prova possui com as concepções culturais, com a dimensão epistêmica do processo e com as diversas correntes filosóficas sobre a importância da verdade no processo.

¹⁴⁰ OLIVEIRA; MITIDIERO, 2012, p.52.

¹⁴¹ REICHELTL, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.44.

Realizado o alerta sobre a existência de divergências nessa seara, é imprescindível que tais discordâncias sejam apresentadas para fins de enriquecimento da investigação. A partir desse momento, passa-se a demonstrar um panorama sobre dissenso doutrinário mencionado. Em seguida, será realizada uma delimitação das opiniões divergentes, momento em que será apontada qual a corrente doutrinária é a considerada a mais satisfatória para fins desse estudo.

Quanto ao conceito de prova, podemos citar Francesco Carnelutti¹⁴² para quem a prova é um meio através do qual o juiz realiza juízos de existência, ou seja, é um instrumento de demonstração de um determinado fato por meios legítimos. Por outro lado, para João Batista Lopes¹⁴³ a noção de prova pode ser dividida em uma perspectiva objetiva e outra subjetiva, na objetiva “é o conjunto de elementos produtores de certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes do processo”. Em relação à subjetiva, a prova “é a convicção que forma no espírito do julgador a respeito da existência dos fatos alegados no processo”.

Outros doutrinadores como Moacyr Amaral dos Santos, Humberto Theodoro Júnior também compartilham da mesma posição, ou seja, o conceito de prova tem inegavelmente um sentido objetivo e outro subjetivo. O objetivo significa que a prova é um conjunto de meios para demonstrar a verdade dos fatos, enquanto o subjetivo é a própria convicção gerada no juiz por tais meios.

Por sua vez, outros nomes do processo civil adotam um conceito de prova como meio, atividade e resultado. Tal percepção está presente no pensamento de Eduardo Cambi¹⁴⁴ para quem: “como atividade, a prova é sinônimo de instrução ou conjunto de atos realizados pelo juiz e pelas partes como a finalidade é a reconstrução dos fatos alegados” e, como meio, “a prova é um instrumento pelo qual as informações ingressam no processo”, [...] “como resultado, a prova é sinônimo de êxito ou de valoração consubstanciada na convicção do juiz”.

O mesmo entendimento é seguido por Antônio Carlos de Araújo Cintra¹⁴⁵ e Ovídio da Silva¹⁴⁶ para os quais a prova pode ser compreendida: a) como demonstração dos fatos probandos; b) como procedimento probatório; c) como o próprio resultado de tal procedimento.

¹⁴² CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. São Paulo: Pillares, 2015, p.93.

¹⁴³ LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. 2.ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.26.

¹⁴⁴ CAMBI, Eduardo. **Curso de Direito Probatório**. Curitiba: Juruá, 2014, p.21.

¹⁴⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts.332 a 475, v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.2.

¹⁴⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 7. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.319-321.

Hernando Devis Echandía¹⁴⁷ compartilha da mesma posição assinalada, visto que chama atenção para a noção plurissignificativa do conceito de prova, analisando-o através de uma divisão em três aspectos funcionais, quais sejam: a) uma manifestação que corresponde aos meios para formar o juiz sobre os fatos; b) outra quanto ao conteúdo, que se refere às razões e aos motivos que desses meios se deduzem em favor da existência ou da inexistência dos fatos e; c) um resultado subjetivo, relativo ao convencimento que através da prova se produz no julgador, ou seja, como resultado.

Os autores que adotaram essa posição plurissignificativa do conceito de prova, embora sejam respeitáveis, incidem no mesmo equívoco de premissa ao estabelecerem uma indevida associação entre a concepção de admissão da prova (prova como meio) e convencimento que pode gerar no juiz (prova como resultado).

Tais teses são respeitáveis, porque o tema é cercado de nuances que exigem uma atenção peculiar aos detalhes. Contudo, a posição das correntes citadas não suporta uma análise mais aprofundada, porquanto o convencimento do juiz é o resultado da valoração da prova, ou seja, é sinônimo de comprovação, enquanto o ingresso das provas nos autos (concepção de meio), integra o conceito de prova como atividade, razão pela qual as relações feitas não fazem muito sentido.

Por sua vez, outras vozes defendem um conceito único de prova baseado na ideia de atividade, posição que parece ser a mais acertada, e, desde já, adotada nessa pesquisa, seguindo o conceito de prova como atividade de Eduardo Cambi¹⁴⁸: “Como atividade, a prova sinônimo de instrução ou conjunto de atos, realizados pelo juiz e pelas partes como a finalidade é a reconstrução dos fatos alegados”.

A compreensão de prova como atividade encontra eco também no pensamento de Luiz Guilherme Marinoni e de Sérgio Cruz Arenhart¹⁴⁹ para quem a prova é um meio retórico para convencer o juiz da validade das proposições objeto de impugnação, realizadas no processo.

A mesma posição é adotada por Luis Aberto Reichelt¹⁵⁰ ao afirmar que:

Por prova no âmbito do processo civil contemporâneo, designa-se como um argumento no contexto do debate processual, ordenando segundo as regras ético-jurídicas e lógico-argumentativas, o qual se diferencia em relação aos demais argumentos em tais contextos em razão de seu conteúdo e de sua finalidade.

¹⁴⁷ ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoria Geral da Prueba Judicial**. T. 1. 6.ed. Buenos Aires: Victor P. Zavalía S.A., 1988a, p.20-34.

¹⁴⁸ CAMBI, 2014, p.21.

¹⁴⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 3.ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Trbnais, 2015, p.72.

¹⁵⁰ REICHELTL, 2009, p.111.

Percebe-se que os conceitos adotados pelos autores Luiz Guilherme Marinoni e de Sérgio Cruz Arenhart em nada se distanciam do conceito de prova como atividade, pois ao final as provas produzidas representarão um meio retórico para que, dentro de parâmetros racionais, o juiz decida o caso. Como se verá a seguir, embora a prova seja instrumento da busca da verdade, é acima de tudo, um meio retórico para solucionar o conflito, uma vez que a sua finalidade é formar a convicção do julgador através desse conjunto de elementos objetivos por meio dos quais atingirá a convicção.

A verdade precisa aparecer para que o direito possa realizar-se e tornar-se efetivo. Se a verdade pudesse ser fruto das concepções pessoais do julgador, a justiça seria fruto do arbítrio, ou seja, uma manifestação despótica.

Mas qual é a finalidade da prova? Quanto à finalidade da prova, existem posicionamentos que podem ser divididos em três entendimentos: a) a finalidade da prova é apurar a verdade quanto aos fatos ou alegações de fatos; b) a finalidade da prova é a produção de certeza jurídica e; c) a finalidade da prova é a formação do convencimento do juiz.¹⁵¹

A primeira perspectiva é aquela que a prova tem por finalidade a apuração da verdade, ou seja, acredita-se que o processo seja um meio perfeito para o conhecimento da realidade, com a capacidade de reconstruir um fato histórico. O juiz atua como um cientista, muito próximo dos métodos das ciências naturais, tese que falha por ter como pressuposto que a verdade seja atingível.¹⁵²

Outra fórmula empregada para designar a finalidade da prova, é a formação da certeza jurídica, opinião que também pressupõe que o processo seja um instrumento perfeito para descoberta da realidade. Por considerar a verdade como algo tangível, pressupõe-se que as provas são capazes de gerar o mais alto grau de confirmação das proposições apresentadas com a realidade, correspondente à certeza absoluta.¹⁵³

Todavia, a certeza jurídica trabalha com uma concepção segundo a qual é possível a descoberta da realidade ao ponto de se chegar ao mais alto grau de confirmação de uma hipótese (certeza absoluta). Todavia, o equívoco desta posição reside no fato de que nunca se poderá afirmar que a verdade foi atingida, o que compromete a certeza absoluta. E mais, a certeza sempre vai ser um estado psicológico e subjetivo de quem julga, ou seja, é um estado mental e variável de quem avalia as proposições e as provas.

¹⁵¹ REICHELDT, 2009, p.64.

¹⁵² TARUFFO, Michele. **Uma Simples Verdade**: o juiz e a reconstrução dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016, p.108.

¹⁵³ Ibid., p.108.

Por fim, outra acepção é aquela que afirma que a finalidade da prova o convencimento do juiz. Nesse caso, primeiro se cria um elevado grau de convencimento quanto à existência dos fatos, e depois faz-se a convicção. Nessa hipótese, diz-se que um fato está provado quando se formou a certeza (relativa) no espírito do julgador sobre a existência ou inexistência dos fatos narrados.¹⁵⁴

Parte-se da premissa de que a verdade é inatingível, razão pela qual seus defensores diferenciam a busca da verdade de convicção de verdade, sendo esta última formada num contexto no qual a limitação das provas é uma realidade inafastável, mas nem por isso a decisão deixa de se basear no mais alto grau de aproximação com a realidade, visto que baseada em elementos objetivos.¹⁵⁵

A posição que sustenta que a finalidade da prova é um meio para formar a convicção do juiz é a mais acertada, visto que para adotar tal posição não significa rechaçar a ideia de que processo busque a verdade. Trata-se apenas de reconhecer que o processo possui limitações, e até regras contra epistêmicas, mas isso não impede que a convicção judicial esteja baseada em elementos objetivos e alcance o que é verdadeiro.

No entanto, é muito importante citar as críticas endereçadas às correntes que sustentam que a finalidade da prova seja gerar certeza jurídica e o convencimento do juiz. Seus críticos sustentam que tais critérios acabariam por colocar a comprovação das narrativas processuais em claro subjetivismo. O juiz ao valorar as provas estaria praticamente ausente de parâmetros externos de correção da decisão, seguindo uma concepção totalmente irracionalista da prova.¹⁵⁶

Se a finalidade da prova é convencer ou gerar certeza jurídica no juiz, estados que envolvem questões de influência psicológica, a decisão jamais estaria equivocada, tendo em vista que atendido o convencimento ou a certeza o seu propósito restaria atingido. A decisão do juiz não teria parâmetros externos de correção, isso sem mencionar a inexistência de clara distinção sobre os limites entre as noções de certeza jurídica e convicção.¹⁵⁷

Os detratores de tais critérios também defendem que o modelo subjetivo da prova coloca o juiz na centralidade da atividade probatória, isso quer dizer que toda admissão, produção e

¹⁵⁴ REICHELDT, 2009, p.64.

¹⁵⁵ MARINONI, ARENHART, 2015, p.72.

¹⁵⁶ BENTRÂN, Jordi Ferrer. Prova e Verdade no Direito. Trad. Vitor de Paula Ramos. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). **Coleção o Novo Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.72.

¹⁵⁷ Ibid.

valoração seriam apenas meios para convencê-lo, colocando a busca da realidade em segundo plano, o que se distanciaria de qualquer noção de verdade por correspondência.¹⁵⁸

Assim, a verdade sempre será aquilo que o juiz disser o que é, sendo o convencimento do juiz o único *standart* de correção do ato decisório. Parte-se da premissa de que a decisão será sempre livre de qualquer elemento de controle externo, pois baseada exclusivamente na noção de crença do juiz.¹⁵⁹

Contudo, tais críticas não têm o caráter de ilidir a tese dos que defendem que a finalidade da prova seja o convencimento do juiz. Primeiro, porque o fato de que seu objetivo seja de formar a convicção não revela qualquer incompatibilidade com a busca de verdade, pois o convencimento que se busca apresentar está vinculado a uma noção de convicção de verdade.

Segundo, porque os parâmetros externos (*standards*) para controle da decisão possuem mais relação com a valoração da prova, ou seja, de como o juiz chegará à conclusão de que determinado enunciado está provado (prova como resultado). Os *standards* serão critérios para verificar como o juiz graduou valor de determinada prova, demonstrando o porquê de sua maior inclinação a determinado elemento objetivo de prova do que outro.

Terceiro, a proposta apresentada para superação do modelo subjetivista não elimina o “subjetivismo” que tanto condena, posto que apresenta o critério da “aceitação” como elemento crucial para criação de um modelo objetivo da prova. Parte-se da premissa de que a “aceitação” do juiz sobre a veracidade de determinado enunciado é um dado objetivo enquanto a crença do juiz “não”, o que não é verdade.¹⁶⁰

Sendo assim, compreender que a finalidade da prova é gerar o convencimento do juiz não implica num sistema probatório que não busca a verdade. A existência de parâmetros externos à decisão se vincula mais com a racionalidade do raciocínio judicial do que a relação entre a prova e verdade, ou melhor, com a criação de um modelo de constatação que vise submeter o juízo de fato ao contraditório efetivo.¹⁶¹

Aliás, mesmo que o convencimento seja o propósito final, ele não é totalmente livre e a prova continua pautada na realidade como parâmetro. A prova será o instrumento para se estabelecer este elo entre a realidade e a proposição (verdade), com base na convicção do juiz,

¹⁵⁸ RAMOS, Vitor de Paula. Prova Testemunhal. Do Subjetivismo ao Objetivismo. Do isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). **Coleção o Novo Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.22.

¹⁵⁹ Ibid., p.23.

¹⁶⁰ Ibid., p.25.

¹⁶¹ KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.32.

que deverá enunciar um modelo de constatação (*standard*) por meio do qual formará o juízo de fato.¹⁶²

Assim, mesmo que a finalidade da prova seja o convencimento do juiz, tal convicção será pautada pela busca da verdade, ou seja, pelo juízo de adequação entre o enunciado fático e a realidade (verdade por correspondência). Nota-se que a verdade não é sinônimo de realidade, mas sim o resultado do juízo de adequação entre a proposição e o que aconteceu no mundo sensível, sendo esta última, parte integrante desse processo, posto que é seu parâmetro.¹⁶³

Migrando esse raciocínio para a relação entre prova e verdade, reconhecem-se as limitações do processo para conhecê-la, mas isso não significa que o processo não deva buscá-la, posto que a verdade é objetiva, o que é relativo é o instrumento de sua descoberta, ou seja, o seu conhecimento por meio do processo.¹⁶⁴

Assim, existem diferenças entre “apuração da verdade” (reconstrução histórica dos fatos) e “busca pela verdade” (realidade como parâmetro), no último caso se reconhece as limitações que o processo possui para apuração do que ocorreu no mundo sensível, mas isso não implica que deva estar teleologicamente descomprometido com a realidade.

Em síntese, a ideia de “apuração da verdade” é baseada numa premissa segundo a qual reconstrução histórica dos fatos é possível, e o juiz é visto quase como um investigador que poderá reconstruir os fatos, percepção que confere uma perfeita harmonia entre sujeito e objeto, ou seja, entre o que se pretende descobrir e o método de apuração disponível.

Por sua vez, a concepção de “busca pela verdade” reconhece as limitações do processo como meio de descoberta dos fatos descritos num enunciado sem que isso implique em considerá-lo ineficaz, concepção, portanto, que não possui nenhuma incompatibilidade com a aceção de que a finalidade da prova seja formar a convicção do juiz.

Por exemplo, um juiz pode estar certo que algo aconteceu, mas seja pelas limitações impostas pelas regras de direito probatório, seja pela tarifação do valor de determinada prova, ou até mesmo por ausência de um *standard* para uma valoração racional da prova, equivoca-se dando por verdadeiro aquilo o que é falso.¹⁶⁵

A verdade é objetiva, já a certeza é um grau de elevadíssimo de convicção sobre algo, sendo esta última parte integrante da certeza. Assim finalidade da prova é a formação do convencimento judicial sobre a veracidade ou não das proposições fáticas controvertidas no

¹⁶² KNIJNIK, 2007, p.33.

¹⁶³ TARUFFO, 2016, p.100.

¹⁶⁴ Ibid., p.108.

¹⁶⁵ BENTRÀN, 2017, p.72.

processo, convicção que será atingida por meios cognoscíveis e disponíveis no âmbito do procedimento probatório, o que diminuirá o risco de arbítrio, solipsismo e de subjetivismo do órgão julgante.

A comprovação dos fatos decorrerá de elementos objetivos constantes dos autos, representativos da realidade (verdade por correspondência), convicção que não decorrerá do consenso (verdade por consenso) entre os sujeitos processuais, tampouco de coerência dos argumentos (verdade por coerência). Haverá sempre uma sintonia entre convicção e a realidade, instrumentalizadas em um processo preocupado com o que realmente aconteceu, sem se transformar em palco de retóricas e narrativas onde os mais perspicazes e astutos levarão vantagem.

Como a verdade possui uma importância capital para o processo, põe-se a saber o que se entende por verdade, conhecimento que pode esclarecer ainda mais o que foi explicado alhures. Nesse aspecto, destacam-se as seguintes noções de verdade: a) verdade por coerência, b) verdade por consenso e; c) verdade por correspondência.

Segundo a primeira dessas concepções, a verdade de uma proposição consistiria na coerência da mesma inserida num contexto de que faz parte. Assim, no processo seria analisada a coerência das narrativas na descrição dos fatos, o que colocaria o processo como um “palco” de alegações relacionadas aos mesmos.¹⁶⁶

A verdade também poderá decorrer do consenso entre os sujeitos diretamente envolvidos, ou seja, somente será verdadeira a alegação que for fruto de acordo, visão conhecida como verdade por consenso.¹⁶⁷

Ela é uma posição extremamente relativista, razão pela qual pode sofrer críticas sensíveis em relação às suas premissas. Especialmente, porque consensos ou dissensos não tornam verdadeiro o que é falso, tampouco falso em verdadeiro.¹⁶⁸

Já a verdade por correspondência adota uma posição realista, visto que só pode ser considerada verdadeira a proposição que tenha coincidência com a realidade, ou seja, é verdadeira a proposição que descreve efetivamente o que aconteceu no mundo sensível, é a realidade que determina o conhecimento, não o contrário.¹⁶⁹

Se propósito do processo é justamente estabelecer o que ocorreu no mundo sensível para que haja a correta incidência das normas, é lógico que esta acepção é a mais aceitável âmbito

¹⁶⁶ TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o Processo Civil**: escritos sobre processo e justiça civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p.192.

¹⁶⁷ Ibid.

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Ibid.

do estudo da prova, haja vista que elege a realidade como critério de correção da decisão e de justiça.¹⁷⁰

Como referido, as acepções de verdade por consenso e por coerência decorrem de ideias relativistas sobre o tema, tendo em vista que apregoam que a impossibilidade de se conhecer a realidade, razão pela qual, cada indivíduo tem a sua versão sobre a mesma.

Contudo, este raciocínio possui consequências desastrosas para as relações sociais ao fomentar o erro, a insegurança e a injustiça.¹⁷¹ Para essas teorias não existe certo ou errado, cada um possui a sua “verdade”, logo, por exemplo, ninguém jamais será julgado injustamente. A verdade por correspondência não existe os relativistas, haja vista que o método para a sua “descoberta” será sempre defeituoso.

Migrando raciocínio relativista para o âmbito do processo, o melhor procedimento não será capaz de descoberta da verdade, por isso o processo não deve pautar a sua estruturação nesse sentido, motivo pelo qual deve seguir outras premissas.

Nesse caso, são necessários os seguintes questionamentos: o processo pode ser considerado um instrumento epistemologicamente eficaz para a descoberta da verdade? Existem limitações para a descoberta da verdade no processo? Se existem tais limitações, permitem afirmar que a verdade não poderá ser descoberta? Em caso positivo, o processo não deve ter esta finalidade?

As respostas para tais indagações gravitam em torno do tema da dimensão epistêmica do processo, considerada como um conjunto estruturado com o fim de obter elementos verídicos sobre os fatos relevantes para a solução da controvérsia. No entanto, são nas palavras de Taruffo¹⁷² que é encontrado o melhor esclarecimento sobre o tema: “[...] a verdade que se pode conseguir no processo representa em realidade uma aproximação àquela que se poderia considerar como correspondência perfeita dos enunciados com os fatos reais que esses descrevem [...]”.

Taruffo não deixa dúvidas de que o processo possui limitações para o conhecimento da realidade, no entanto, não deixa de reconhecer que a verdade deve ser perseguida e que o processo, embora dotado de restrições, é relativamente eficaz para tal escopo. As lições do autor permitem a seguinte conclusão: mesmo diante de inúmeros obstáculos epistêmicos no âmbito processual é possível se chegue a um alto grau de confirmação das proposições.

¹⁷⁰ TARUFFO, 2017, p.192.

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² Id. **Processo Civil Comparado**. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p.46.

É notório que as premissas relativistas fazem clara confusão entre a dificuldade de conhecimento da realidade com a realidade em si, porque o que é relativo é o conhecimento da verdade, não a sua existência, que é um dado objetivo.¹⁷³ Logo, a tese relativista mistura instrumento com objeto. O código de processo civil brasileiro apresenta de forma clara, tanto a relevância da busca da verdade para o processo civil, quanto a finalidade da prova.¹⁷⁴

Em relação aos aspectos mencionados, as seguintes previsões chamam a atenção:

Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Art. 378. Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.¹⁷⁵

Nota-se que o direito processual civil brasileiro dedica singular importância à verdade. Também deixa claro que a finalidade da prova é formar a convicção do juiz que deverá buscar uma decisão mais próxima da realidade possível.¹⁷⁶ O enunciado do texto legislativo indica que a posição adotada nesse estudo está em sintonia com pensamento do legislador, o que deixa o desenvolvimento teórico dessa pesquisa razoavelmente sólido, permitindo que se inicie a análise do objeto da prova.

Algumas dúvidas podem surgir quanto ao objeto da prova, visto que o diploma legal usa o termo “descoberta da verdade”, o que pode levar à crença de que o objeto da prova sejam os fatos em si, gerando equivocidade entre o que seja efetivamente objeto da prova, sua finalidade e a importância da verdade no processo.

Ao se reconhecer que a verdade é um dado objetivo; que somente são limitados os métodos para o seu conhecimento; que o processo possui as suas dificuldades epistêmicas. É consequência lógica considerá-lo incapaz de se imiscuir no passado, razão pela qual é impossível que fatos em si sejam objeto da prova. Então questiona-se: qual é o objeto de prova?

¹⁷³ BENTRÀN, 2017, p.72

¹⁷⁴ BRASIL. Planalto. **Lei nº 13.105/2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso: 15 out. 2021.

¹⁷⁵ Ibid.

¹⁷⁶ PORTO, Guilherme Athayde. Notas sobre as disposições sobre prova no Novo CPC. Direito Probatório. 3.ed. rev. ampl. atual. In: JOBIM, Marco Felix; FERREIRA, William Santos (Coord.). **Coleção Grandes temas do Novo CPC**. 3.ed. rev. e ampl. v.5. Salvador: JusPODIVM, 2018, p.141-148.

Para compreender esta temática, é imprescindível ao menos delinear como surgem as crises jurídicas no ambiente das relações sociais. Retomando o que já foi observado no primeiro capítulo, em especial que o Estado de Direito coloca a pessoa humana no centro de sua manifestação de poder, bem como o Estado existe para o indivíduo, mas ele não existe para o Estado,¹⁷⁷ deve-se reconhecer que todas as funções estatais são exercidas para promover o indivíduo sempre que o jurisdicionado tiver um direito violado ou sob ameaça de violação demandará (demanda) o Estado para que preste a tutela jurisdicional por meio do processo.¹⁷⁸

A demanda será instrumentalizada através de uma petição inicial que irá desencadear a atuação da função jurisdicional. O processo será instrumento da função jurisdição e desenvolver-se-á em um procedimento-padrão (comum) dividido em fase de conhecimento, fase de liquidação e execução.¹⁷⁹

O processo será estruturado procedimentalmente de maneira que se apresente como um modelo para a realização de atos processuais, delineando-se com um arquétipo através do qual seja possível a tutela direitos e o exercício legítimo do Poder Estatal.¹⁸⁰

A fase de conhecimento preparará o juiz para o julgamento de mérito, ou seja, para acolher ou não o pedido, o que exigirá a observância de subfases, quais sejam: a) fase postulatória; b) organizatória; c) instrutória e; d) fase decisória.¹⁸¹

A marca essencial do processo sempre será sua dialeticidade, razão pela qual um de seus objetivos principais é de colocar um fim aos conflitos surgidos a partir das tensões existentes. Por exemplo, tanto para Goldschmit quanto para Couture o objetivo do processo é colocar um fim no conflito, razão pela qual é marcado por uma estrutura dialética, visto que é a ideia de contradição que permite se chegar à verdade.

Na fase de conhecimento o juiz exercerá a cognição em toda plenitude, que nada mais é que um ato de inteligência, momento em que serão analisadas as alegações das partes, os fundamentos jurídicos e as provas, ou seja, as questões de fato e de direito.¹⁸²

Giuseppe Chiovenda¹⁸³ ao comentar os atos do juiz, refere que o magistrado antes de dar a sentença desenvolve muitos atos concernentes a decidir a demanda, chamados de atos de

¹⁷⁷ MITIDIERO, 2014, p.20

¹⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2016, p.116.

¹⁷⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 29.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.20.

¹⁸⁰ Ibid., p.123.

¹⁸¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 7.ed. v. III. São Paulo: Malheiros, 2017, p.415.

¹⁸² WATANABE, 2012, p.67.

¹⁸³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. III. São Paulo: Saraiva, 1969, p.28.

cognição. Já para Cândido Rangel Dinamarco¹⁸⁴, o juiz na fase de conhecimento deverá se “debruçar”, ou seja, exercer cognição sobre questões de admissibilidade do processo (pressupostos processuais e condições da ação), bem como sobre questões de mérito.

Porém, como o juiz não presenciou os fatos descritos nas narrativas processuais das partes, desconhecerá a verdade, o que fará com que “mergulhe” em profundo estado de dúvida, mas que não o dispensará de julgar o pedido. Assim, no contexto processual poderão acontecer as seguintes ocorrências: a) o autor afirmará a ocorrência de determinado fato no mundo sensível, mas o réu sustentará a falsidade da afirmação ou; b) o réu reconhecerá a veracidade do enunciado afirmado pelo demandante, mas apresentará outros enunciados que descreverão a ocorrência de outros fatos impeditivos, modificativos do direito do autor.

Tais alegações de fato se tornarão controvertidas, colocando o juiz em estado de dúvida, as quais deverão ser esclarecidas por meio das provas produzidas pelas partes ou pelo juiz, observadas as regras regulam o procedimento probatório. À luz deste contexto, a literatura jurídica se divide em duas “fileiras” de pensamento em relação ao objeto da prova: a) a primeira sustenta que o objeto da prova são os fatos; b) a segunda advoga no sentido de que são as alegações de fato, uma vez que os fatos existiram ou não, ou seja, fatos não são verdadeiros ou falsos, mas sim o que se diz sobre eles.

Assim, o objeto da prova segundo a doutrina serão as alegações de fato ou os fatos do processo, aparecendo neste ponto nova divergência na matéria.¹⁸⁵ Seguindo a primeira corrente de pensamento temos: José Frederico Marques; Vicente Greco Filho e Antônio Carlos de Araújo Cintra. Filiando-se à segunda percepção: Cândido Dinamarco; Sérgio Cruz Arenhart; Luiz Guilherme Marinoni; Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Michele Taruffo e Giovane Verde.

Para Enrico Tullio Liebman¹⁸⁶ o objeto da prova consiste em dar conhecimento de um fato, demonstrando ao juiz a sua ocorrência. No entanto, para Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero¹⁸⁷ o objeto da prova são as proposições de fato trazidas pelas partes, não os fatos em si, uma vez que estes não são verdadeiros ou falsos, mas sim aconteceram ou não.

Os fundamentos da segunda corrente são difíceis de serem rechaçados, pois o estado de dúvida do juiz se vincula às narrativas das partes. Por exemplo, uma petição inicial não possui

¹⁸⁴ DINAMARCO, 2017, p.415.

¹⁸⁵ TORRES, Artur. **CPC Passado a Limpo**: parte geral, procedimento comum e cumprimento de sentença. v. I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p.307.

¹⁸⁶ LIEBMAN, 2003, p.80.

¹⁸⁷ OLIVEIRA; MITIDIERO, 2012, p.58.

fatos, mas narrativas sobre fatos, ou seja, o que chega até o juiz são proposições ou versões, logo o que é objeto de prova são as alegações.

O objeto da prova é o conjunto de alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para os julgamentos a serem feitos, desde que estes não sejam considerados notórios ou presumidos pela legislação processual.¹⁸⁸

Por exemplo, o código de processo civil estabelece que não dependem de prova:

Art. 374. Não dependem de prova os fatos:

I - notórios;

II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária;

III - admitidos no processo como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.¹⁸⁹

O enunciado do artigo citado deixa claro que: a) alegações de fatos incontroversos não serão objeto de prova; b) que as alegações de fatos controvertidos, mas notórios não serão objeto de prova; c) que as alegações sobre fatos sobre os quais são previstas presunções legais também não serão objeto de instrução probatória.

Portanto, existirão alegações que embora sejam controvertidas que não serão objeto de prova. O código de processo civil também trouxe previsão sobre a relevância da prova, especialmente quando refere que o juiz não indeferirá diligências inúteis ou meramente protelatórias, conforme o art. 370:

Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.¹⁹⁰

A relevância é critério muito importante para seleção dos elementos de provas, uma vez que somente podem ser admitidas as provas que tiverem conexão lógica com os fatos do litígio que poderão ingressar no âmbito de procedimento probatório e de cognição do juiz, o que elimina qualquer elemento probatório que não seja útil ao esclarecimento dos fatos.¹⁹¹

Nesse universo, todas as provas que sejam dotadas de potencial esclarecimento do juiz atendem ao princípio da relevância, razão pela qual devem ser admitidas no processo.¹⁹² Por fim, existem alegações que embora não sejam controvertidas, mas que mesmo assim serão objeto de prova:

¹⁸⁸ DINAMARCO, 2017, p.63.

¹⁸⁹ BRASIL. Planalto. **Lei nº 13.105/2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso: 15 out. 2021.

¹⁹⁰ Ibid.

¹⁹¹ TARUFFO, 2014, p.36.

¹⁹² Id., 2016, p.167.

Art. 341. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se:
 I - não for admissível, a seu respeito, a confissão;
 II - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato;
 III - estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.
 Parágrafo único. O ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial.
 Art. 345. A revelia não produz o efeito mencionado no art. 344 se:
 II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis [...].¹⁹³

No transcorrer dessa pesquisa foi estudado o conceito de prova, a sua finalidade e o seu objeto. A par de tais conceitos, passa-se ao estudo da relação entre prova e a justiça da decisão, aspecto de extrema relevância para pesquisa científica dos poderes instrutórios do juiz no direito processual civil brasileiro.

3.2 A RELAÇÃO ENTRE A BUSCA DA VERDADE E A JUSTIÇA DA DECISÃO

Foi visto no tópico anterior que a busca da verdade é o fim último da atividade probatória. Agora, deve-se saber o motivo pelo qual essa relação instrumental é tão importante.

O estudo da justiça como valor ocorre desde os primórdios, assunto que também atinge o processo, despertando a reflexão sobre o que seria necessário para se atingir uma decisão justa.¹⁹⁴

O processo como instrumento de atuação da jurisdição tem como seu produto final a justiça, tendo em vista que visa pacificar os conflitos de maneira justa. A ideia de decisão justa possui relação temática com noção de processo justo.¹⁹⁵

Por exemplo, para Luigi Paolo Comoglio¹⁹⁶ é possível chegar uma ideia de um processo justo capaz de obter uma decisão justa a partir da proteção das garantias processuais. Para o jurista italiano um processo justo tem como base valores de natureza técnico- estrutural e ético-moral, mas poderiam ser resumidos na cláusula geral do devido processo legal como um modelo mínimo de garantias que se possa a chegar a uma decisão justa.

Todavia um processo justo não pode se resumir em procedimento cercado de garantias, pois o processo não é somente um instrumento de proteção do indivíduo contra o arbítrio estatal,

¹⁹³ BRASIL. Planalto. **Lei n° 13.105/2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso: 15 out. 2021.

¹⁹⁴ DÓRIO, Rodrigo. Notas sobre as disposições sobre prova no Novo CPC. Direito Probatório. 3.ed. rev. ampl. atual. In: JOBIM, Marco Felix; FERREIRA, William Santos (Coord.). **Coleção Grandes temas do Novo CPC**. 3.ed. rev. e ampl. v.5. Salvador: JusPODIVM, 2018, p.213.

¹⁹⁵ LIMA, Alcides Mendonça. “O princípio da Probidade no direito Processual Civil brasileiro”. In: **Repro**, São Paulo, n. 16, 1979, p.16.

¹⁹⁶ COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Conrado; TARUFFO, Michele. **Lezione Sul Processo Civile**. Imprenta: Bologna, Il Mulino, 2011. ISBN: 9788815138989, 9788815138996.

mas também uma técnica voltada para a tutela de direitos, o que coloca a busca pela verdade como um tema central para a construção de uma decisão justa.

Se o Direito não se pautar pela verdade, permitindo-se condenar inocentes, atribuindo consequências jurídicas sem a correspondência com a realidade, não terá legitimidade, bem como afetará uma dimensão importante da segurança jurídica, como a calculabilidade, isto é, a capacidade de o cidadão prever, em grande medida, os limites da intervenção pública nos atos que pratica.¹⁹⁷

Trata-se de uma abordagem da segurança numa dimensão fática, dirigida à possibilidade de alguém saber como se comportar diante de dado ordenamento jurídico, bem como avaliar as consequências jurídicas advindas de determinada conduta.¹⁹⁸ Um sistema probatório que não privilegie a verdade é incapaz de fazer justiça, de ordenar condutas, de gerar estabilidade e de pacificar efetivamente os conflitos.

A noção de processo justo que resume à justiça da decisão à observância de todas as garantias processuais fundamentais não atribui qualquer importância à qualidade da prestação da tutela jurisdicional. Assim, para esta acepção o processo justo é aquele que ostenta um procedimento correto, sendo tudo que diz respeito à decisão de algo sem importância.¹⁹⁹

É notório que essa percepção nega qualquer valor à verdade no processo, demonstrando como é fácil esquecer a sua função e do papel que precisa desempenhar. Nessa hipótese, a sua finalidade será apenas por fim ao conflito, o que poderá ser atingido por uma decisão injusta, ou seja, o fim da controvérsia poderá ser alcançado por decisões injustas, fundadas na reconstrução equivocadas dos fatos.

A posição ora debatida também é adotada por Juan Motero Aroca²⁰⁰ para quem a busca da pretendida verdade como critério para a justiça da decisão representa um total desconhecimento do funcionamento do processo, de maneira que não se pode afirmar que haverá justiça somente quando alcançada a verdade. O autor faz duras críticas a Taruffo em seu escrito, ao ponto de chamar as suas premissas de inconsequentes e carentes de demonstração científica.

¹⁹⁷ RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da Prova no Processo Civil**: do ônus ao dever de provar. 2.ed. rev. atual e ampl. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.34.

¹⁹⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016, p.126.

¹⁹⁹ TARUFFO, 2016, p.41.

²⁰⁰ AROCA, Juan Motero. Prova e Verdade no Processo Civil-contributo para o esclarecimento da base ideológica de certas posições pretensamente técnicas. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato et al. (Coord). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: JusPODIVM, 2013, p.501-524.

Embora tese das garantias processuais seja respeitável, não merece melhor sorte, porque os sistemas regidos pelo princípio da legalidade possuem como pressuposto a correta aplicação do Direito, o que naturalmente perpassa por uma adequada apuração dos fatos. Um indivíduo somente é titular de um direito se forem verdadeiros os fatos por ele alegados.

Para tanto, é suficiente que seja realizada uma análise da estrutura das proposições normativas, as quais são compostas por uma dimensão fática e jurídica, o que fica evidente no processo, visto que é permeado por questões controvertidas, as quais poderão ser de direito e de fato, diferenciação que é rigorosamente impossível de se realizar, como se perceberá a seguir.

Tamanho é este entrelaçamento entre fato e direito no fenômeno jurídico que a doutrina tem buscado estabelecer critérios para diferenciá-los. Inicialmente, cabe referir que uma “questão” é qualquer ponto de fato e de direito controvertido de que dependa de pronunciamento judicial.

As questões poderão ser de admissibilidade do procedimento ou de mérito, ou seja, pontos que poderão influir ou não no resultado do julgamento. Por exemplo, debates sobre assistência judiciária gratuita, valor da causa, admissibilidade de determinado meio de prova e pressupostos processuais, etc.

Melhor explicando, as “questões” são afirmações, que constituem “pontos” a examinar. Se uma dessas afirmações (pontos) é contrariada pelo antagonista de quem a formulou, surge a questão, que é, pois, ponto controverso.²⁰¹ Portanto, “questões” são pontos controvertidos que deverão ser resolvidos pelo juiz, os quais demandarão cognição e classificação se são de fato ou de direito.²⁰²

Porém, como referido, um dos temas mais tormentosos no direito processual civil se refere justamente em estabelecer uma precisa distinção entre fato e direito, uma vez que a própria estrutura das normas jurídicas possui um suporte fático, razão pela qual se pode afirmar que não existem questões unicamente de direito.

Vozes respeitáveis da doutrina têm se dedicado no sentido de minimizar tamanha dificuldade adotando o juízo de preponderância como critério de diferenciação. Embora as questões de direito e de fato sejam partes integrantes do mesmo fenômeno jurídico, tal aspecto

²⁰¹ DINAMARCO, 2017, p.42.

²⁰² MEDINA, José Miguel. **Prequestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal**: admissibilidade, processamento e julgamento dos recursos extraordinário e especial. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.65.

problemático deve ser resolvido pela escolha entre questões que sejam preponderantemente de fato ou de direito.²⁰³

Assim, uma questão será unicamente de direito se o magistrado estiver voltado para análise de uma questão jurídica que seja preponderantemente de direito,²⁰⁴ juízo que revela a relação imbricada entre esses dois aspectos e que será de suma relevância para a incidência dos textos legais.

Observa-se que o esforço doutrinário para lançar critérios fidedignos no sentido de identificar de realizar a distinção citada vem a contribuir com a ideia de que a incidência do direito positivo depende da apuração da verdade, haja vista que relacionada com a dimensão fática do fenômeno jurídico.

O que se tenta demonstrar é que o processo será sempre composto por uma dimensão fática e outra jurídica cujos contornos não são sempre identificáveis, mas que se encontram pela própria estrutura dos textos legais e conectam ao tema da prova.

Tal tema possui direta relação com a importância da verdade para higidez da aplicação do direito positivo e, portanto, para a justiça da decisão. Sobre a relação entre verdade e processo Michele Taruffo²⁰⁵ disserta:

A Administração da Justiça é uma área do sistema jurídico na qual se coloca com maior e mais dramática evidência o problema da verdade e das conexões com o direito. Em qualquer tipo de processo-civil, penal, administrativo e também constitucional ocorre de a decisão entrelaçar a verificação dos fatos que são relevantes para aplicação do direito. Em muitos casos, em realidade, o verdadeiro, problema essencial que o juiz deve resolver concerne- mais do que a interpretação da norma que deve aplicar como regra de decisão- aos fatos que compõe o objeto da controvérsia aos quais a norma deve ser aplicada. Essa relevância dos fatos vai definida, no entanto, de um modo muito específico nesses termos: no processo os fatos determinam a interpretação e aplicação do direito enquanto a verificação da verdade dos fatos é condição necessária para a justiça da decisão. Essa afirmação aparece fundada tão somente se se considerada que numa decisão pode ter-se como justa se fundada na verificação dos fatos relevantes falsa ou errônea: a aplicação correta da norma de direito pressupõe que tenha sido verificado o fato indicado no suporte fático da norma e que a mesma norma individualizada como condição necessária para que se verifiquem no caso particular os efeitos jurídicos que a mesma norma disciplina.

A lição doutrinária não deixa dúvida da relação entre decisão justa e verdade, razão pela qual foram desenvolvidos ao menos três critérios para se identificar a presença de uma decisão justa.

²⁰³ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Distinção entre questões de fato e questão de direito: reexame e valoração da prova no recurso especial. In: **Revista dialética de direito processual**. São Paulo: Dialética, n.43, 2006, p.33.

²⁰⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; et al. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.1.552.

²⁰⁵ TARUFFO, 2014, p.36.

Ressalta-se que todos os requisitos devem estar presentes: a) a correta escolha e interpretação da regra jurídica; b) a apuração adequada dos fatos relevantes do caso; c) emprego de um procedimento justo e válido para chegar à decisão.

Percebe-se que somente um procedimento com observância das garantias processuais não é suficiente para uma decisão justa, pois que é também necessária apuração dos fatos para que as regras jurídicas sejam adequadamente aplicadas. A preocupação deve ser, dentro de tais balizas, proceder para que seja possível maximizar a acuidade na apuração dos fatos.²⁰⁶

3.3 OS DESTINATÁRIOS DA PROVA

No tópico anterior foi visto que a finalidade da prova é formar a convicção judicial, motivo pelo qual é lógico pensar que o único destinatário da prova seja o julgador, posição adotada, majoritariamente, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência.

Por exemplo, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado, manifestou-se: “De acordo com a jurisprudência desta Corte, cumpre ao magistrado, destinatário da prova, valorar a sua necessidade, conforme o princípio do livre convencimento motivado”.²⁰⁷

No mesmo sentido a Terceira Turma da Corte ao referir: “A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que cabe ao magistrado, destinatário da prova, valorar sua necessidade, ou não, conforme o princípio do livre convencimento motivado”.²⁰⁸

A mesma posição é adotada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que também em recentes julgados, tem afirmado que o juiz é o destinatário da prova. Por exemplo, a Sétima Câmara Cível julgou no seguinte sentido: “O juiz é o destinatário da prova, cabendo-lhe determinar as provas necessárias ao julgamento, assim como indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias, conforme o art. 370, ‘caput’ e parágrafo único, do CPC”.²⁰⁹

²⁰⁶ TARUFFO, 2014, p.36.

²⁰⁷ BRASIL. STJ. **AgRg no AResp 622.786/MG**, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 18/12/2014. DJe 03/02/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/processo/revista>. Acesso em: 20/ out. 2020.

²⁰⁸ Id. STJ. **AgRg no AResp 569.565/RS**, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 10/03/2015. DJe 18/03/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/processo/revista>. Acesso em: 20 out. 2020.

²⁰⁹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Art. 370 do CPC**. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscaassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_complta. Acesso em: 12 out. 2021.

A Vigésima Câmara Cível também confirma a posição do Tribunal: “Sendo o juiz o destinatário da prova, a ele incumbe a formação de seu convencimento, cabendo-lhe a condução do feito nos termos dos artigos 370 e 371, do CPC”.²¹⁰

O entendimento dos tribunais é aparentemente uma conclusão lógica, contudo apenas revela uma visão parcial do problema, visto que denota uma compreensão incompleta do fenômeno jurídico, em especial, da aplicação do Direito.

Foi dito nesse estudo, que em regra, os textos legislativos possuem uma estrutura lógica, não categórica, na qual são encontrados um elemento antecedente (circunstância fática) e um consequente (classe de consequências jurídicas), o que exige do intérprete uma atuação mental, no que se refere à identificação da norma/s, à formação do convencimento sobre as narrativas fáticas e à classificação das consequências jurídicas

Inicialmente, atuação judicial se dará num campo em abstrato, momento que vai identificar, diante do mesmo texto legal, qual norma, ou quais normas podem existir a partir do texto. Num segundo momento, identificada a norma em vigor, passa-se identificação dos casos concretos regulados.

Tal processo não possui fronteiras nítidas, por vezes se confundindo, mas é que se pode chamar de interpretação em abstrato e interpretação em concreto.²¹¹ Ricardo Guastini²¹² fez essa importante distinção entre os dois campos de atuação da interpretação:

A interpretação “em abstrato” (orientada aos textos), consiste em identificar o conteúdo de sentido-isto é o conteúdo normativo (norma ou, mais frequentemente, normas) - expresso por, e/ou logicamente implícito em um texto normativo (fonte do direito) sem referência a um caso concreto; e [...] interpretação “em concreto” (ou orientada aos fatos), que consiste em subsumir um caso concreto ao âmbito de aplicação de uma norma previamente identificada em abstrato.

A interpretação em concreto perpassa naturalmente pelo tema probatório, que é fruto de participação efetiva das partes. A participação do jurisdicionado na formação do convencimento do juiz não é um mero auxílio ao órgão julgante, mas sim um direito de influir na formação da decisão, que acolherá um pedido de tutela e, conseqüentemente, invadirá a esfera jurídica de outrem, razão pela qual, convencimento deverá se basear em elementos objetivos do processo e externado em uma decisão devidamente fundamentada.

Logo, a prova não deixa de ser também elemento de convicção para as partes quando demonstra que o exercício da jurisdição não decorreu de elementos estranhos ao processo,

²¹⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Art. 370 do CPC**. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_complta. Acesso em: 12 out. 2021.

²¹¹ GUASTINI, 220, p.43.

²¹² Ibid.

quando revela uma decisão que foi fruto do debate processual em procedimento pautado pela busca da verdade.

Ademais, como o processo é pautado pela busca da verdade, tendo a prova e verdade íntima relação, é natural que tal premissa não se aplique somente ao juiz, mas também a todos os seus integrantes, inserindo-os igualmente como destinatários da prova.

Por fim, se o juiz for o único destinatário da prova, torna possível o uso arbitrário do juízo da admissibilidade dos meios de prova, porquanto o juiz poderá indeferir a produção de prova por já se encontrar convencido, bem como torna difícil a fixação de limites aos poderes instrutórios, uma vez que o coloca como único capaz de buscar a verdade no processo.

Feitos os esclarecimentos de natureza conceitual, torna-se imprescindível fazer uma breve exposição de como o código de processo civil estabelece a divisão da instrução do processo entre os seus integrantes.

3.4 SOBRE A DIVISÃO DO TRABALHO ENTRE OS SUJEITOS RESPONSÁVEIS PELA INSTRUÇÃO

3.4.1 Considerações gerais

Tamanha é a importância da prova para o direito processual civil brasileiro que o código de processo dedicou mais de cem artigos no sentido de regular o tema. Dentre os dispositivos referidos ganham destaque os enunciados que tratam da distribuição dos encargos probatórios (art.373 e ss) e dos poderes instrutórios (art.370).

A divisão do trabalho entre os sujeitos da instrução perpassa pelo estudo da distribuição do ônus da prova e dos poderes instrutórios do juiz, cuja abordagem tem como escopo fornecer um panorama geral sobre o assunto, viabilizando um aprofundamento da pesquisa em relação aos poderes instrutórios no próximo capítulo.

Inicialmente, cabe registrar que vários são os fundamentos para a existência do estudo sobre o ônus da prova. O primeiro se relaciona com a segurança jurídica, visto que mesmo diante de uma narrativa não suficientemente provada o juiz deverá solucionar a controvérsia, tornando o ônus nesse caso um critério de julgamento.

Todavia, o primeiro fundamento se conecta com o segundo, porquanto se o juiz tem que julgar em caso de dúvida, igualmente é necessário saber quem sofrerá o prejuízo da insuficiência probatória.²¹³

²¹³ BOAVENTURA, Luiz Eduardo Pacífico. **O Ônus da Prova**. 2.ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.92.

Em relação ao segundo fundamento surgiram várias teorias, as quais poderiam ser divididas em doutrinas antigas e modernas. Dentre as doutrinas antigas se destacam as teorias de Bentham, para quem o ônus da prova deveria recair sobre aquele que tivesse menos inconvenientes, ou seja, trata-se de uma distribuição caso a caso.

Também a merece que seja lembrada a doutrina de Weber, que apregoa o princípio segundo o qual o ônus deve ser encargo de quem procura assegurar um direito, ou liberar-se de suposto de direito de outrem. Com relação às teorias modernas se destacaram aquelas baseadas na natureza dos fatos (constitutivo, impeditivo, modificativo e extintivo), especialmente desenvolvidas por Chiovenda, Carnelutti e Betti.²¹⁴

O código de processo civil ao estabelecer, incumbe: “I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”,²¹⁵ acabou por adotar como regra a teoria da distribuição do ônus da prova baseada na natureza dos fatos. Assim, o critério geral de distribuição dos encargos probatórios é fixado previamente pela lei, baseado exclusivamente na posição da parte e na natureza dos fatos narrados.

Fala-se em regra, pois o código de processo civil prevê uma distribuição estática (art. 373), inspirado nas teorias sobre a natureza do fato e outra dinâmica dos encargos probatórios (art. 373 §1º), que leva em conta o caso concreto, ou seja, inspirado em outras teorias. A previsão de tais regras é de grande relevância, uma vez que um dos riscos mais graves aos quais as partes estarão sujeitas é de não provarem as suas alegações. Em razão disso, é importante que os litigantes saibam antecipadamente quem tem o encargo de provar e, portanto, quem corre o risco de ausência de prova.

Antes de adentrar no estudo mais aprofundado do tema ônus da prova, é importante sublinhar que em matéria probatória as partes apenas possuem o encargo de provar e não a obrigação de produzir a prova.²¹⁶ Portanto, ônus e obrigação são institutos jurídicos diversos, cada um possuindo significados completamente diferentes, conforme as clássicas lições de Pontes de Miranda²¹⁷:

²¹⁴ FARIAS (citado por PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova**. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.91.

²¹⁵ BRASIL. Planalto. **Lei nº 13.105/2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso: 15 out. 2021.

²¹⁶ ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.529

²¹⁷ MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo IV. 3.ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.253.

A diferença entre dever e ônus está em que o dever é em relação a alguém, ainda que seja a sociedade, há relação jurídica entre dois sujeitos, um dos quais é o que deve: a satisfação do interesse do sujeito ativo; ao passo que o ônus é em relação a si mesmo, não há relação entre os sujeitos; satisfazer é do interesse próprio do onerado. Não há sujeição do onerado, ele escolhe em satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse.

O ônus probatório corresponde a um encargo que pesa sobre as partes de ministrarem as provas sobre os fatos que constituem fundamento de suas pretensões. O ônus não possui, portanto, o mesmo significado jurídico que a obrigação, que, segundo Orlando Gomes²¹⁸, “é um vínculo jurídico e virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra”.

O conceito de obrigação está extremamente vinculado à noção de um dever jurídico, estruturado em uma relação jurídica na qual estão presentes pelos menos dois sujeitos (um ativo – e um sujeito passivo) que se encontram unidos por um vínculo jurídico, do qual decorre uma prestação.²¹⁹

Em relação ao ônus não há a imputação de dever jurídico, uma vez que não decorre de uma relação entre duas pessoas. Isso quer dizer que ônus somente diz respeito à própria pessoa onerada, uma vez que satisfazê-lo é do interesse do próprio onerado.²²⁰ Aquele que deixar de observar um ônus apenas sujeitará a eventual risco de observar a conduta que ele estimula.

A obrigação se refere a alguém e é oriunda de uma relação jurídica entre dois sujeitos, cujo interesse é a satisfação do titular da prestação. A obrigação é sinônimo de dever, ou seja, é uma espécie do gênero dever, cuja inobservância leva à ilicitude. Havendo o descumprimento da obrigação, o seu titular terá os meios coercitivos previstos em lei para sujeitar a outra parte à satisfação de seu interesse.

Assim, o sujeito passivo da relação obrigacional será compelido pelos meios processuais adequados a cumprir a prestação não adimplida. No entanto, o descumprimento do ônus apenas acarretará para parte um risco processual de não obter determinada vantagem que a lei estabelece, ou seja, a sua inobservância além de não figurar como ato ilícito também não significa eventual prejuízo à parte.

Ônus pode ser definido como “tarefa atribuída a uma parte, cujo exercício poderá trazer uma situação de vantagem”, razão pela qual, a ideia intrínseca ao ônus é o risco. Em relação a ocorrência da desvantagem, o ônus pode ser classificado como perfeito e imperfeito. O ônus perfeito é aquele que não observado acarreta prejuízo à parte, o que ocorre quando se deixa de

²¹⁸ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 18.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.9.

²¹⁹ WALD, Arnold. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Obrigações e Contratos. 2.ed. São Paulo: 1969, p.15.

²²⁰ ALVIM, J. E Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.220.

recorrer determinada decisão, por exemplo. Já ônus imperfeito é aquele que não observado apenas acarretará a probabilidade de prejuízo, tal como ocorre em relação ao ônus da prova, visto que, se a parte onerada não produzir a prova apenas correrá o risco de prejuízo.²²¹

Portanto, inexistente direito subjetivo, tampouco interesse jurídico da parte adversária à produção de prova pelo autor de uma demanda, não se podendo falar em obrigação. Estas considerações não deixam qualquer dúvida da diferença existente entre obrigação e encargo no que se refere à interpretação da regra de distribuição do ônus da prova.

No entanto, mesmo a parte não tendo a obrigação de produzir a prova é natural que tenha o interesse em sua produção, uma vez que geralmente não deseja suportar os riscos de sua eventual omissão. Esta preocupação está diretamente relacionada com os dois aspectos de que se reveste o ônus da prova. O primeiro diz respeito à regra de instrução (ônus subjetivo da prova), e o segundo como regra de julgamento (ônus objetivo da prova).²²²

Na primeira perspectiva, a distribuição do ônus da prova se dirige aos sujeitos processuais, autor e réu, como norma orientadora da atividade probatória das partes. Tal regra atua previamente na distribuição dos encargos probatórios organizando a atividade probatória na relação jurídica processual.

Já a segunda perspectiva é um regramento dirigido ao magistrado, uma vez que indica qual das partes deverá suportar as consequências negativas decorrentes da não produção das provas, caracterizando-se, por assim dizer, em uma regra de julgamento.²²³

A doutrina processual classifica o fato constitutivo como sendo aquele que deu origem à relação jurídica deduzida em juízo, enquanto o extintivo é o fato que põe fim à relação jurídica, e impeditivo o fato de conteúdo negativo que corresponde à ausência de um dos requisitos genéricos de validade do ato jurídico. Por fim, o fato modificativo como sendo aquele que altera a relação jurídica substancial.²²⁴

No atual regime processual, caso o réu conteste apenas negando o fato em que se baseia a pretensão autoral, o ônus probatório recai sobre autor. Nessa hipótese, mesmo sem qualquer iniciativa probatória, o réu poderá ter chances significativas de êxito na causa. Por outro lado, quando o réu apresenta resposta pautada em defesa indireta, arguindo fato capaz de alterar,

²²¹ AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (Coord). **Coleção Liebman**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.46.

²²² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Julgamento e ônus da Prova**. Temas de Direito Processual Civil - Segunda Série. São Paulo: Saraiva, 1988, p.74-75

²²³ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Processo Civil**. Salvador: JusPODIVM, 2013, p.82.

²²⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2013, p.435.

impedir ou eliminar as consequências jurídicas do fato invocado pelo autor, a regra inverte-se, visto que há a mudança na natureza do fato alegado.²²⁵

A par dos esclarecimentos, conclui-se que o sistema processual adota uma concepção estática de distribuição do ônus da prova, isto é, a distribuição realizada de forma abstrata e fixa, sem considerar as peculiaridades de cada relação jurídica processual. No sentido de concretizar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, o Código de Processo Civil de 2015, ao tratar da distribuição do ônus da prova, estabeleceu duas técnicas de distribuição, uma vez que são diretrizes para o esclarecimento da verdade (ônus subjetivo), bem como critérios de julgamento para o juiz (ônus objetivo).

A primeira técnica foi denominada estática, prevista no *caput* do artigo 373, onde a distribuição dos encargos probatórios é realizada levando em consideração a posição da parte (autor/réu) e a natureza do fato (constitutivo/impeditivo/modificativo), ou seja, a distribuição é realizada aprioristicamente, de forma fixa, sem levar em consideração qualquer peculiaridade da relação processual.

A distribuição estática do ônus da prova, não é nenhuma novidade em nosso sistema processual, visto que sempre foi a nossa regra tradicional, com previsão no Código de Processo Civil de 1973 (art. 333).

Todavia, durante período de vigência da legislação processual anterior começaram a serem observadas inúmeras injustiças, uma vez que a distribuição fixa dos encargos probatórios em determinados casos, inviabilizava a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva.

Em razão das injustiças causadas, foi recepcionada em solo brasileiro chamada teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova, cujas raízes foram alicerçadas na Argentina. Teve como principal precursor o jurista argentino, Jorge W. Peyrano²²⁶ que assim proclamava a sua tese: “*Em tren de identificar La categoria de lãs cargas probatórias dinâmicas, hemos visualizado-entre otras-como formando parte de La misma a aquélla según La cual se incumbe La carga probatória a quien-por lãs circunstancias Del caso [...]*”.

O importante para sua aplicação, isto sim; é o caso em sua concretude; a natureza do fato a ser provado, atribuindo-se o encargo a quem pelas circunstâncias da causa, estiver em melhores condições de produzir a prova. O que ocorre é uma flexibilização da doutrina tradicional em favor da efetivação da tutela jurisdicional.²²⁷

²²⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas Direito Processual Civil**, v.2. São Paulo: Saraiva, 2011, p.391.

²²⁶ PERYANO, Jorge W. **Lineamentos de lãs carga probatórias dinâmicas, em Enciclopédia Del dIrecho, Rosário**: Juris, 1991, p.77.

²²⁷ DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio. Distribuição Dinâmica dos Encargos Probatórios. **Revista Jurídica**, fev. 2001. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br>. Acesso em: 26 jun. 2021.

Podemos dizer, portanto, que existem condicionantes materiais e formais para aplicação desta doutrina. Os limites materiais podem ser classificados assim: a) a parte inicialmente não onerada deve estar em posição mais favorável em termos de acesso às provas; b) a dinamização não pode ser aplicada para suprir a inércia processual da parte onerada inicialmente; c) a parte onerada inicialmente deve se encontrar com enorme dificuldade de acesso às provas ou até mesmo estar impossibilitada; d) não deve resultar na prova diabólica reversa; e) é dever do juiz diante desses casos realizar a dinamização, razão pela qual o termo “poderes” descrito no dispositivo, deve ser compreendido como poder-dever.²²⁸

Os limites formais podem ser classificados: a) a dinamização do ônus da prova deve dar a oportunidade da outra parte se desincumbir do encargo de provar, razão pela qual é importante que a dinamização ocorra na fase de saneamento (art. 357, inciso III); b) o magistrado deve intimar as partes a respeito, evitando decisão surpresa e deve fundamentar a decisão expondo as razões justificadoras.

A par de toda a estruturação da divisão dos encargos probatórios no código de processo civil é evidente que as partes possuem o protagonismo quanto à busca da verdade, todavia a novel legislação não se descuidou de conceder poderes instrutórios ao juiz (art. 371), colocando-o magistrado como parte importante no processo de busca da verdade.

Ao longo deste capítulo foram estudados temas relacionados ao direito probatório momento em que se procurou demonstrar as divergências sobre o conceito de prova, a relação instrumental entre prova e verdade, sem se descuidar das acepções sobre o conceito desta. Com base nas premissas teóricas adotadas, também foram identificados os destinatários da prova e os critérios apresentados pela doutrina no sentido de identificar uma decisão justa.

Ao final, restou demonstrado como a legislação processual brasileira realiza a divisão do trabalho entre os atores processuais no que diz respeito à instrução, o que não deixou dúvidas sobre existência de poderes do juiz em matéria probatória, razão pela qual deve-se buscar os contornos dogmáticos de sua aplicação à luz do direito fundamental à segurança jurídica e do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, tarefa que será realizada no próximo capítulo.

²²⁸ KNIJNIK, Danilo. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso” comum como instrumentos para assegurar acesso à justiça e superar a probatio diabólica. In: NERY JUNIOR, Nelson; LUX, Luiz; WAMBIER, Teresa; ARRUDA Alvim (Coords.). **Processo e Constituição**. São Paulo: RT, 2006. p.947-948.

4 UMA LEITURA CRÍTICA A RESPEITO DOS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Nesse capítulo será o momento de maior relevância desse estudo, tendo em vista que a pesquisa atingirá seu objetivo, isto é, serão fixados os critérios técnicos para o exercício dos poderes instrutórios do juiz no Direito Processual Civil brasileiro.

Nesse ponto do estudo busca-se identificar quais são os pressupostos legítimos para o exercício dos poderes instrutórios do juiz no Estado Democrático de Direito, em especial, como a iniciativa probatória de ofício deverá se acomodar ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e ao direito fundamental à segurança jurídica.

Contudo, tal propósito passa pela necessidade de se realizar uma leitura crítica do código de processo civil atual através das premissas teóricas até então estudadas, tudo sem deixar de reconhecer os avanços já realizados pelo legislador e por avalizados doutrinadores.

Inicialmente, será realizada uma apresentação geral dos poderes instrutórios do juiz no Direito Processual Civil brasileiro, especialmente a partir de uma incursão histórica, cuja pretensão será desvendar como o tema dos poderes instrutórios foi abordado em nossa legislação processual, investigação que terá como marco temporal inicial o período imperial, e como marco final, a Constituição Federal de 1988.

Na sequência, ainda no intuito de fornecer um panorama geral, será apontado o conceito de poderes instrutórios para fins deste estudo, bem como serão apresentadas as correntes doutrinárias que buscam estabelecer os principais parâmetros dogmáticos para a sua aplicação.

Tal avaliação culminará em uma análise crítica da legislação atual, que será imprescindível para o desenvolvimento dos dois seguintes tópicos, nos quais serão efetivamente indicados os critérios para o exercício dos poderes instrutórios no Estado Democrático de Direito.

Apresentado o panorama geral dos poderes instrutórios e apontadas as principais críticas ao seu tratamento no código de processo civil, iniciar-se-á a fixação dos principais parâmetros para a sua aplicação, à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e à luz do direito fundamental à segurança jurídica.

Os critérios a serem fixados serão divididos em dois tópicos, um relacionado ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e o outro relacionado com direito fundamental à segurança jurídica. Em relação à efetividade, inicialmente será feita uma abordagem dos embates argumentativos sobre o tema, especialmente com a enumeração dos principais argumentos contrários e favoráveis aos poderes instrutórios.

Em seguida, ainda sobre a relação entre efetividade e os poderes instrutórios, serão estabelecidos critérios para que se alcance a efetividade. Para tanto, será levado em consideração a fase de conhecimento do procedimento comum, bem como as fases do procedimento probatório.

Tal estruturação tem sua razão de ser, uma vez que o procedimento comum é a regra procedimental em nossa legislação, o que facilita também para fins didáticos. A partir dessa metodologia será possível apontar como os poderes instrutórios deverão ser exercidos para se alcançar uma decisão mais rente à realidade possível, atendendo ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Também será realizada uma incursão no tema dos negócios jurídicos processuais no que se refere aos poderes instrutórios do juiz, já que podem representar ameaça à efetividade.

Por derradeiro, serão fixados critérios para exercício dos poderes instrutórios do juiz à luz da segurança jurídica, os quais defluirão especialmente do reconhecimento de que o Direito Processual Civil brasileiro adota o modelo cooperativo de processo, modal que melhor espelha a relação entre processo e a Constituição Federal de 1988, especialmente por redimensionar o princípio do contraditório no ambiente processual, impondo deveres ao juiz de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio.

Todavia, antes de indicar os critérios vinculados à segurança jurídica, serão explicados os modelos inquisitivo e dispositivo de processo, de maneira que se possa deixar claro a superação dos mesmos pelo novo modelo do processo civil.

O enfrentamento dos modelos de processo serão instrumentos utilizados para situar o leitor em relação à divisão do trabalho entre as partes e o juiz no processo. Por fim, fixados os critérios à luz da segurança jurídica, será ainda enfrentado o tema da motivação da decisão que determinar a produção de prova de ofício, de maneira a demonstrar o seu conteúdo mínimo.

4.1 SOBRE OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

4.1.1 Panorama Geral

No primeiro capítulo ficou claro que conforme o modelo de Estado adotado, haverá um modelo de processo e de juiz, motivo pelo qual todos os institutos processuais recebem as características de determinada organização política. Também foram estabelecidas as principais características do Estado Constitucional Liberal, do Estado Constitucional Social e do Estado Democrático de Direito.

Viu-se que a liberdade dos modernos e a democracia dos antigos foram conceitos contrapostos, uma vez que estes não conheciam a ideia dos direitos naturais, nem o dever do Estado de limitar o seu próprio poder. Todavia, a democracia moderna não só é compatível com o liberalismo, mas ela mesma pode ser considerada como uma continuidade natural, o que permite afirmar que existe uma relação harmoniosa e necessária entre liberalismo e democracia.

Havendo uma relação harmoniosa entre a limitação do Poder Estatal proposta pelo liberalismo (segurança jurídica) e a noção de democracia moderna (participação, transformação e igualdade), surge uma função jurisdicional que preserva as conquistas liberais, mas também se preocupa com a concretização de direitos promocionais e com a constante tentativa de transformação da realidade em busca de igualdade, marca essencial do Estado Democrático de Direito que “contamina” a sua função jurisdicional.

A limitação do Poder do Estado faz com que se reflita na configuração do processo o direito fundamental à segurança jurídica, enquanto que a noção de democracia faz emergir a ideia de participação não só como meio que reforça a ideia de segurança, com a participação efetiva dos possíveis afetados pela decisão, mas também com o propósito de que direitos sejam efetivados.

Mas o que se deve entender por poderes instrutórios? É possível afirmar que esses poderes estão inseridos num catálogo de poderes que o juiz possui no exercício da função jurisdicional, ou seja, é uma espécie do gênero “Poderes do Juiz”.

O juiz ao exercer a função jurisdicional a faz através do processo, para tanto é dotado de Poderes, conforme as lições de José Carlos Baptista Puoli²²⁹:

No que toca aos poderes do juiz, o primeiro passo na direção da modernidade vem materializado no reconhecimento de que ele é um agente estatal no desempenho de uma função pública cujos objetivos são bem mais amplos do que a mera participação das partes no conflito. Fala-se na consciência de que, sob um prisma mais genérico, a atividade do juiz de impor e fazer valer o direito material pelo próprio Estado e pacificar os conflitos na sociedade e que lhe forem submetidos. A compreensão dessa característica marca o início da visão publicística do processo a qual, em que pese a sua importância, não importou em imediato e integral um expurgo de todo pensamento privatista vigente.

Em relação à classificação dos poderes instrutórios, Odilon de Andrade²³⁰ refere que esses poderes estão inseridos num contexto maior formado pelos poderes de promoção e

²²⁹ PUOLI, José Carlos Baptista. **Os Poderes do Juiz e as Reformas do Processo Civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p.21.

²³⁰ ANDRADE, Odilon. Os poderes do juiz no processo civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n.84, p.3-14, out.1940.

inspeção. O primeiro (promoção) é destinado a indicar as possíveis irregularidades no processo, e o segundo tem a finalidade de determinar a produção de provas, dentre outros.

Por sua vez José Carlos Barbosa Moreira²³¹ os poderes do juiz podem ser classificados em “poderes-meio” e em “poderes-fim”, sendo estes últimos relacionados à atividade decisória. Para o jurista, poderes-meio possuem o caráter instrumental ao poderes-fim, no qual se incluem os poderes instrutórios.

O próprio código de processo civil, estabelece uma certa sistematização dos poderes do juiz no título IV, capítulo I, especialmente no art. 139²³². Analisando tais dispositivos é possível classificar os poderes do juiz em poder decisório (controle), poder ético (fiscalização), poder ordinário (movimentação geral), poderes executivos e poder geral da cautela.²³³

Em relação aos poderes instrutórios, a principal previsão está presente na cláusula geral do art. 370: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.²³⁴

Todavia, a concessão de poder de iniciativa probatória também aparece em outros dispositivos do código de processo civil, especialmente nas hipóteses que é lícito ao juiz ordenar que a parte apresente a exibição de documento ou coisa (art. 396), a exibição de livros empresariais e documentos de arquivo (art. 420) na liquidação da sociedade, na sucessão por morte do sócio, e em outros casos que a lei determinar.²³⁵

²³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p.55

²³² Art.139 Cabe ao juiz dirigir o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela duração razoável do processo; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias; IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; VI- dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito; VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais; VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso; IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais; X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 , e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 , para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

²³³ AMENDOEIRA JÚNIOR (citado por CASTRO, Daniel Penteadó. **Poderes Instrutórios do Juiz**: fundamentos, interpretação e dinâmica. São Paulo: Saraiva, 2013, p.171).

²³⁴ BRASIL. Planalto. **Lei nº 13.105 de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 de out. 2021.

²³⁵ Art. 396. O juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa que se encontre em seu poder. Art. 420. O juiz pode ordenar, a requerimento da parte, a exibição integral dos livros empresariais e dos documentos do arquivo: I - na liquidação de sociedade; II - na sucessão por morte de sócio; III - quando e como determinar a lei.

O poder de iniciativa probatória oficial também está presente quando a lei determina que ao juiz cabe requisitar às repartições públicas, em qualquer tempo e grau de jurisdição, as certidões necessárias à prova das alegações das partes, os procedimentos administrativos nas causas que forem interessadas a União, os Estados, o Distrito Federal, Municípios ou entidades da Administração Indireta (art.438).²³⁶

Nota-se que a iniciativa probatória se estende também aos tribunais, sem limite temporal, haja vista a expressão “a qualquer tempo”. Ainda existem outras previsões que evidenciam o poder-dever de instrução do juiz.²³⁷

²³⁶ Art. 438. O juiz requisitará às repartições públicas, em qualquer tempo ou grau de jurisdição: I - as certidões necessárias à prova das alegações das partes; II - os procedimentos administrativos nas causas em que forem interessados a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios ou entidades da administração indireta.

²³⁷ Art. 461. O juiz pode ordenar, de ofício ou a requerimento da parte: I - a inquirição de testemunhas referidas nas declarações da parte ou das testemunhas; II - a acareação de 2 (duas) ou mais testemunhas ou de alguma delas com a parte, quando, sobre fato determinado que possa influir na decisão da causa, divergirem as suas declarações. § 1º Os acareados serão repreguntados para que expliquem os pontos de divergência, reduzindo-se a termo o ato de acareação. Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação. § 1º O juiz indeferirá a perícia quando: I - a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico; II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas; III - a verificação for impraticável. § 2º De ofício ou a requerimento das partes, o juiz poderá, em substituição à perícia, determinar a produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade. § 3º A prova técnica simplificada consistirá apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico. Art. 480. O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida. Art. 481. 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. Art. 751. O interditando será citado para, em dia designado, comparecer perante o juiz, que o entrevistará minuciosamente acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências e laços familiares e afetivos e sobre o que mais lhe parecer necessário para convencimento quanto à sua capacidade para praticar atos da vida civil, devendo ser reduzidas a termo as perguntas e respostas. § 1º Não podendo o interditando deslocar-se, o juiz o ouvirá no local onde estiver. § 2º A entrevista poderá ser acompanhada por especialista. § 3º Durante a entrevista, é assegurado o emprego de recursos tecnológicos capazes de permitir ou de auxiliar o interditando a expressar suas vontades e preferências e a responder às perguntas formuladas. § 4º A critério do juiz, poderá ser requisitada a oitiva de parentes e de pessoas próximas. Art. 753. Decorrido o prazo previsto no art. 752, o juiz determinará a produção de prova pericial para avaliação da capacidade do interditando para praticar atos da vida civil. Art. 772. O juiz pode, em qualquer momento do processo: I - ordenar o compareci; Art. 932. Incumbe ao relator: I - dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes. Art. 938. A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão. § 1º Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes. § 2º Cumprida a diligência de que trata o § 1º, o relator, sempre que possível, prosseguirá no julgamento do recurso. § 3º Reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução. Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo. § 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria. Art. 1.038. O relator poderá: I - solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno; II - fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento, sendo assim a questão que discute não é mais de “mérito”, mas sim de “método”, ou seja, como devem ser exercidos.

Percebe-se claramente que os poderes instrutórios são espécie do gênero Poderes do juiz que são caracterizados por diligências determinadas de ofício pelo juiz com a finalidade de angariar elementos para a formação do convencimento judicial mediante a direção formal e material do processo.²³⁸

No entanto, segundo alguns autores o conteúdo dos poderes instrutórios seria mais amplo em nossa legislação processual, visto que a cláusula geral mencionada também faz referência ao indeferimento de diligências inúteis ou meramente protelatórias, ou seja, além de determinar a produção de provas de ofício, a análise dos requerimentos das partes também faria parte de seu conteúdo.

Por exemplo, para Luis Alberto Reichelt²³⁹ os poderes instrutórios desdobram em dois comandos, sendo que o primeiro consistiria em determinar as provas de ofício ou a requerimento das partes e o segundo de indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias. Para o autor, o juiz em síntese poderia acolher a pretensão das partes com vistas à produção da prova, poderia também não acolher, e determinar a produção da prova de ofício.

Embora seja respeitável a posição dos que defendem que os poderes instrutórios tenham um conteúdo mais amplo, parece que o ato de indeferir diligências inúteis ou meramente protelatórias não é propriamente uma atividade de instrução sem sentido estrito, mas sim um ato de controle de exercício de ônus processual.

Essa parece ser a posição de Celso Agrícola Barbi²⁴⁰:

Na sua missão de bem dirigir o processo, deve o juiz zelar para que ele não encareça com diligências inúteis, as quais além de aumentar os gastos, ocupam mais tempo e atividade do magistrado e dos auxiliares do processo, pessoal esse geralmente sobrecarregado de trabalhos. O princípio da economia processual aconselha o indeferimento de diligências com essa característica. O princípio da economia processual aconselha o indeferimento de pedidos de diligências com essa característica. Da mesma forma, as diligências que tiverem caráter protelatório não devem ser feitas, e o juiz indeferirá o pedido das partes para realizá-las, quando se convencer que elas objetivam retardar o andamento do processo. O poder dado ao juiz neste artigo é a particularização de um poder mais geral, contida no art.125, II, pelo qual, cabe ao magistrado velar pela rápida solução do litígio.

Percebe-se que para o doutrinador citado o indeferimento dos requerimentos das partes está muito mais vinculado à economia processual e à duração razoável do processo que à sua

²³⁸ PENTEADO, Daniel de Castro. **Poderes Instrutórios do Juiz**: fundamentos, interpretação e dinâmica. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 172.

²³⁹ REICHELTL, Luis Alberto. Direito Fundamental à Prova e os Poderes Instrutórios do Juiz. **Revista dos Tribunais**, v. 281, p.171-185, jul. 2018. DTR.2018.

²⁴⁰ BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil**. Arts. 1 a 153, 7.ed, rev e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p.324.

instrução. Nesse ponto, a código de processo civil falha em não fazer uma adequada sistematização.

A crítica ao código de processo civil pode ser muito bem encampada pelos ensinamentos de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira²⁴¹ no qual aborda os poderes instrutórios do juiz no modelo cooperativo de processo:

Analisando-se criticamente essa visão social do processo impõe-se advertir, em primeiro lugar, que o aumento dos poderes do juiz deve significar, necessariamente, a completa indeterminação desses poderes. De modo nenhum a pretendida restauração do poder da autoridade do poder estatal pode no processo haverá de implicar a renúncia a normatizar o seu desenvolvimento. Tal solução transferiria ao órgão judicial de criar ao seu bel-prazer, caso por caso, a solução a regra processual mais adequada para o desenvolvimento do procedimento conduzindo a total indeterminação e imprevisibilidade. Incrementar-se-ia, assim, de forma totalmente desnecessária, o arbítrio do poder estatal no processo. Não obstante a função social do processo, excesso de poderes do órgão judicial poderia desembocar num processo substancialmente privado de formas, conduzido segundo a livre discricionariedade do juiz, com provável prejuízo à igualdade substancial das partes e violação do princípio da certeza jurídica, sem falar de eventual menosprezo ao nexos entre o direito material e o processual.

As discussões doutrinárias em relação aos poderes instrutórios decorrem de uma quase ausente sistematização dogmática sobre o assunto em nossa legislação processual. Observa-se que a técnica legislativa comumente utilizada em relação aos poderes do juiz se fundamenta no uso de cláusulas gerais.

Adverte-se que alguns doutrinadores associam a valoração da prova como ato de instrução, o que, respeitavelmente, está equivocado, pois dar valor à prova já produzida, significa dar “peso”, dar credibilidade e força probatória em relação à capacidade de convencimento do elemento produzido.

Também não parece ser tecnicamente aceitável classificar o ato de valorar a prova como um ato de instrução. No entanto, essa não é a melhor interpretação fazer a relação entre a valoração da prova com a sua produção. Por exemplo, Alexandre Freitas Câmara²⁴² ao estabelecer o conteúdo dos Poderes Instrutórios refere que é um poder que se desmembra em poderes menores, tais como: poder de determinar as provas, conduzir a sua produção e valorar as provas produzidas.

²⁴¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo**. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos AA de Oliveira \(8\)-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos_AA_de_Oliveira_(8)-formatado.pdf). Acesso em: 24 dez.2021.

²⁴² CÂMARA, Alexandre Freitas. Os Poderes Instrutórios do Juiz e Processo Civil Democrático. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato et al. (Coord). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: JusPODIVM, 2013, p.66.

Trícia Navarro Xavier Cabral²⁴³ também adota a mesma posição, pois ao tratar do tema em obra específica, faz incursão nos sistemas de valoração da prova não como um assunto periférico para a compreensão dos poderes instrutórios, mas como sendo parte de seu conteúdo.

No entanto, os critérios de avaliação das provas somente servem como elementos norteadores para análise da credibilidade da prova. Em relação à valoração, destacam-se três sistemas: a) sistema das provas legais; b) sistema do livre convencimento e; c) sistema da persuasão racional, também conhecido como livre convencimento motivado.²⁴⁴

O sistema da prova legal já traz consigo o valor predeterminado que o juiz deve atribuir à prova produzida, por isso que é também conhecido como o sistema da prova tarifada. O sistema do livre convencimento por sua vez prega a liberdade plena do juiz na análise das provas, enquanto o sistema da persuasão racional concede liberdade ao juiz, mas condicionada à análise conjunta do acervo probatório, aliada aos princípios da prova e às máximas de experiências.²⁴⁵

Destaca-se que há quem sustente que o sistema do livre convencimento motivado tenha sido retirado de nossa legislação processual. Por exemplo, Lenio Streck²⁴⁶ afirma:

Por emenda supressiva do relator Paulo Teixeira, atendo à minha sugestão e contado com aquiescência de Fredie Didier Jr., Dierle Nunes e Luís Henrique Volpe, todas as referências de que o juiz teria o poder do livre convencimento foram retiradas do ordenamento processual.

Todavia, em sentido diverso, tem-se a posição de Fernando da Fonseca Guajardoni²⁴⁷, para quem a simples retirada do termo “livre convencimento” não significa que deixou de existir, posição com a qual concordamos. Nota-se que o estudo específico do tema não é objeto do atual estudo, mas a temática é digna de registro.

Retomando a proposta inicial, para fins de estudo, os poderes instrutórios devem ser compreendidos, exclusivamente, como poder-dever do juiz, de ofício, determinar a produção da prova escolhida. É importante destacar que é um dever do juiz se valer dos poderes instrutórios quando necessitar de elementos de convicção, não se trata de mera faculdade.

²⁴³ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes Instrutórios do Juiz no processo de conhecimento. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petronio (Coord.). **Coleção Andrea Proto Pisani**. v.1. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p.56-58.

²⁴⁴ LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.46-47.

²⁴⁵ *Ibid.*,

²⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Que É Isto O Senso Incomum?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p.48.

²⁴⁷ GUAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O Livre Convencimento não acabou no novo CPC**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc-06042015>. Acesso em: 8 jan. 2021.

Estando o magistrado em dúvida quanto à veracidade das narrativas fáticas das partes, deve determinar a produção de prova de ofício, visto que um processo judicial que se pautar pela busca da verdade não pode se contentar em julgar a demanda com fundamento ônus objetivo da prova, tema que será retomado logo adiante.²⁴⁸

A omissão do juiz representa uma grave violação à efetividade, pois tal postura passiva quebra a isonomia da relação processual, revela um descompromisso com a prestação de uma tutela jurisdicional que seja qualificada por decisão justa. Em último caso, pode se revestir de violação do princípio constitucional da imparcialidade, visto que juiz omissor também pode ser considerado parcial, uma vez que pode ajudar uma das partes.

Em relação aos poderes instrutórios no direito brasileiro, pode-se afirmar, sem receio, que de maneira muito incipiente se ensaiou uma previsão no livro II das Ordenações Filipinas. No Título LII, do mencionado texto legislativo, havia a previsão de uma maior participação do juiz na prova, pois em caso de insuficiência probatória, o juiz poderia, a requerimento da parte, conceder-lhe o “juramento”, o que complementaria a sua prova.²⁴⁹

Nesse caso, embora não se possa afirmar categoricamente de que tal previsão represente um poder de instrução como se entende atualmente, visto que o “juramento” era um meio de prova somente. Contudo, é possível afirmar que havia uma certa inclinação no sentido de conceder maiores poderes ao juiz em relação ao tema da prova, tendência que se manteve no Regulamento 737 de 1850, especialmente nos artigos 209 e 230.

O Regulamento 737 de 1850 avançou em relação ao tema, pois sistematizou as normas processuais, então muito dispersas, bem como previu no seu art. 209 a possibilidade da produção de prova de ofício: “*A vistoria tem logar ou sendo requerida pelas partes, como no arbitramento (art. 190), ou ex ofício, ou nos casos prescriptos no Código*”.²⁵⁰

O dispositivo estava longe de ser uma cláusula geral de iniciativa probatória de ofício de juiz como a conhecemos, mas não deixa de ser um poder de instrução reconhecido ao Estado-juiz. Outra previsão de iniciativa probatória é encontrada no art. 230 do Regulamento mencionado: “Se examinados os autos o Juiz entender necessaria (sic) para julgar afinal alguma diligencia (sic), ainda que lhe não tenha sido requerida nas allegações finaes (sic), a poderá ordenar, marcando para isso o prazo conveniente”.

²⁴⁸ GUAJARDONI, 2021 [recurso eletrônico].

²⁴⁹ BRASIL. Senado Federal. **Ordenações e Leis do Reino de Portugal**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em: 20 dez. 2021.

²⁵⁰ Id. Câmara de Deputados. **Decreto nº 737 de 1850**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-737-25-novembro-1850-560162-publicacaooriginal-82786-pe.html>. Acesso em: 20 dez. 2021.

Logo, já na legislação imperial havia previsão de iniciativa probatória de ofício. Contudo, com o advento da primeira Constituição Republicana do Brasil, em 24 de fevereiro de 1891, houvera a revogação do Regulamento então vigente, ocasião que foi estabelecida a dualidade de competências para legislar em matéria processual entre a União e os Estados.²⁵¹

A partir da nova Constituição, caberia à União legislar sobre matérias de competência da Justiça Federal e aos Estados a competência para elaborar os seus próprios códigos de processo no sentido de processar e julgar matérias de competência da Justiça Estadual.

Alguns códigos de processo dos Estados perpetuaram a maneira discreta de abordar a função juiz na instrução do processo, cujos textos contemplaram um poder tímido, deixando a instrução probatória quase que exclusivamente às partes.

Tal assertiva pode ser confirmada nos seguintes Códigos Estaduais: a) do Distrito Federal; b) de Pernambuco (art. 245); c) de São Paulo (art. 262); d) do Rio de Janeiro (1.226), e) Santa Catarina (art. 686); f) e da Bahia (art.126). Todavia, tanto o artigo 238 do Código de Processo Civil do Distrito Federal quanto o artigo 310 do Código de Processo Civil de São Paulo permitiam a produção de prova pericial de ofício pelo juiz.²⁵²

Nota-se que, embora pontual e dispersa, tanto no período imperial quanto na vigência de nossa primeira Constituição Republicana existiram previsões concedendo poderes de iniciativa probatória ao juiz.²⁵³ No entanto, a “timidez” com que a matéria foi tratada, acabou desencadeando uma reação ao imobilismo judicial, que teve início na Faculdade do Largo do São Francisco, pelas mãos de seus catedráticos, especialmente Aureliano Gusmão.

As ideias do citado autor, mais tarde acabaram por inspirar Francisco Campos na elaboração Código de Processo Civil de 1939, primeiro código de abrangência nacional, o que ocorreu com o advento da Constituição Federal de 1934, visto que foi extinta a dualidade para legislar em matéria processual. Tal fato, deu origem ao código de processo civil de 1939, no qual restou previsto, em seu artigo 117, a cláusula geral concedendo o poder ao juiz de determinar a produção de provas de ofício.²⁵⁴

O artigo 117 do código de processo civil de 1939 continha a seguinte redação: “A requerimento, ou ex-offício, o juiz poderá, em despacho motivado, ordenar as diligências

²⁵¹ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 23 out. 2021.

²⁵² PENTEADO, Daniel de Castro. **Poderes Instrutórios do Juiz**: fundamentos, interpretação e dinâmica. São Paulo: Saraiva, 2013, p.219.

²⁵³ Ibid.

²⁵⁴ Ibid.

necessárias à instrução do processo e indeferir as inúteis em relação ao seu objeto, ou requeridas com propósitos manifestamente protelatórios”.

Em comentários ao dispositivo De Plácido e Silva²⁵⁵ disserta:

Já acentuava a jurisprudência anterior ‘que o juiz pode ordenar as diligências que entender necessárias para o julgamento da causa, mas deve exercer esse direito assinando prazo razoável para a realização da diligência e não sendo esta realizada por qualquer das partes, dentro do prazo fixado pelo juiz, julgará a causa com os elementos existentes nos autos’. Esta a exigência dentro do pensamento que estruturou o código: a pesquisa profunda da verdade.

No entanto, a previsão contida no código de processo civil de 1939 foi fruto de muitos embates doutrinários, visto que alguns juristas a viam como uma legislação de caráter autoritário, fruto do Estado Novo, instaurado por Getúlio Vargas. Tal posição era compartilhada por Moacyr Amaral dos Santos²⁵⁶:

Efetivamente, não foram poucas as modificações por que passou o anteprojeto, com referência ao problema do juiz. Algumas de fundo, fundamentais, de forma a maior parte delas. Por prevalecerem em número as modificações de forma, que não destoavam do sistema planejado, mas indiscutivelmente com a finalidade de dar a impressão de que sobrelevava o fator político, inerente à natureza do regime, empenhou-se o legislador, na exposição de motivos, em resposta às críticas e sugestões dos juristas, em sublinhar o caráter autoritário do juiz no processo disciplinado pelo Código. Realmente, o princípio da autoridade, ou da ingerência e atuação do juiz na lide, quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, marcou Giuseppe a fisionomia da nova lei processual, dando azo a que, pela largueza de poderes conferidos ao juiz, fosse possível apresentá-lo, conquanto mais pela aparência que pelo conteúdo, revestido daquele caráter.

Nota-se que autor tinha uma singular preocupação com a potencial contaminação da legislação processual pelo autoritarismo da Era Vargas. Para o processualista havia uma tentativa de se fazer prevalecer na legislação processual o conteúdo autoritário do Estado Novo, tudo em detrimento do caráter científico.

Tamanha foi a crítica endereçada ao projeto da codificação de 1939 que Moacyr Amaral dos Santos acabou, ao fim ao cabo, sem a intenção evidentemente, equiparando conceitualmente o hipotético autoritarismo da legislação com o próprio caráter público do direito processo civil. Para o processualista, a verdadeira pretensão no código de processo civil de 1939 era, na verdade, fazer-se prevalecer o caráter ideológico do modelo de Estado sobre o científico do direito processual.

²⁵⁵ SILVA, De Plácido e. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Curitiba: Editora Guaíba Limitada, 1940, p.109.

²⁵⁶ SANTOS, Moacyr, Amaral. Contra o Processo Autoritário. Contra o processo autoritário **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo (usp.br). Disponível em: <https://revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66314/68924>. Acesso em: 25 dez. 2021.

Todavia, mesmo que Francisco Campos tenha sido o maior defensor da nova legislação, com o aumento dos poderes do juiz, e estivesse convencido de que o processo necessitava de um juiz forte, acabou sendo influenciado por sua formação jurídica, oriunda de sua enobrecida cultura científica da Escola Italiana de Processo Civil, encampada por Giuseppe Chiovenda.

Assim, embora o código de processo civil de 1939 tivesse realmente aumentado os poderes do juiz na condução do processo e na solução rápida da demanda, o fez prevendo expressamente que o exercício de tais poderes não poderia se dar em prejuízo das partes, especialmente sem a observância do princípio do contraditório.

Com a chegada de Enrico Tullio Liebman ao Brasil, na década de 40, junto com ele veio toda uma cultura processualística europeia na bagagem, o que atraiu atenção de respeitáveis juristas, os quais “beberam” nessa fonte, dentre eles Alfredo Buzaid, que em 1964 entregou o anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973, visto que a codificação de 1939 recebia muitas críticas pelo excesso de leis extravagantes que dera origem, bem como pela lentidão na tramitação dos processos.²⁵⁷

O Código de Processo Civil de 1973 foi aprovado, e dentre as suas disposições, também consagrou os poderes instrutórios do juiz em seu art.130 “Caberá ao juiz, de ofício ou requerimento das partes, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.²⁵⁸

A redação da cláusula geral dos poderes instrutórios basicamente permaneceu inalterada. Ao texto legislativo nada foi acrescentado no sentido de uma sistematização no sentido de regulamentar a produção de ofício da prova. Ressalta-se que por sistematização deve se entender critérios para exercício dos Poderes Instrutórios.

No entanto, para o professor José Carlos Barbosa Moreira, um dos maiores defensores dos Poderes Instrutórios do juiz, as previsões específicas do código já representariam uma sistematização. Para o autor, tais dispositivos tinham por objetivo explicitar com maior clareza o poder de iniciativa probatória do juiz. Em síntese, assevera: “na verdade as disposições específicas se justificam pelo plus que geralmente contém, em relação ao momento, à maneira de proceder e outros condicionamentos da atuação do juiz”.²⁵⁹

Embora seja respeitável a posição do processualista, a mera previsão de situações específicas segundo as quais o juiz estaria autorizado a produzir de ofício determinado meio de

²⁵⁷ JOBIM, Marco Félix. **Teoria, história e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p.112.

²⁵⁸ BRASIL. Planalto. **Lei nº 5.869 de 1973**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm. Acesso em: 20 de novembro de 2021.

²⁵⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os Poderes do Juiz na Direção e na Instrução do processo. **Revista de Direito Processual Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p.111-118.

prova não configura uma sistematização, uma vez que não estabelece parâmetros dogmáticos para o seu exercício.

Assim, é notório que o Código de Processo Civil de 1973 não avançou no sentido de melhor estruturar o poder de iniciativa probatória do juiz, porquanto limitou-se a reproduzir as bases do texto legislativo do código de processo de 1939. No entanto, quase duas décadas de vigência do código de 1973, a então recente legislação começou a sofrer os seus desgastes naturais. Segundo Marco Félix Jobim²⁶⁰, o código Buzaid foi sendo atropelado pelas mudanças no tempo:

O código de processo civil, ou código Buzaid, ou Lei n.5.869, de 11 de janeiro de 1973, com início de vigência em 1 de janeiro de 1974, conforme art.1.220, foi sendo, num primeiro momento, a passos lentos, até que, a evolução social, política e jurídica, em especial conquistadas pela Constituição de 1988, restou atropelado em termos de lei contemporânea, sendo que diversas reformas foram implementadas ao longo das últimas décadas, lembrando José Carlos Teixeira Georgis algumas daquelas ocorridas na década de 90 e foram cada vez mais modificando o texto processual, passando por diversas outras reformas já no início do novo milênio, até iniciarem as tratativas de se repensar um novo contemporâneo Direito Processual Civil, com a elaboração de um novo Código

À luz da lição doutrinária, foi especialmente com o advento da Constituição Federal de 1988 que as necessidades de mudanças se aceleraram. Nesse sentido, algumas reformas foram realizadas, que acabaram escancarando ainda mais a necessidade de uma nova legislação processual, agora harmonizada com os objetivos da jurisdição num Estado Democrático de Direito. No sentido de trazer maior detalhamento do exposto no parágrafo anterior, é oportuno que seja transcrita parte da Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015:

O Código vigente, de 1973, operou satisfatoriamente durante duas décadas. A partir dos anos noventa, entretanto, sucessivas reformas, a grande maioria delas lideradas pelos Ministros Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, introduziram no Código revogado significativas alterações, com o objetivo de adaptar as normas processuais a mudanças na sociedade e ao funcionamento das instituições. A expressiva maioria dessas alterações, como, por exemplo, em 1994, a inclusão no sistema do instituto da antecipação de tutela; em 1995, a alteração do regime do agravo; e, mais recentemente, as leis que alteraram a execução, foram bem recebidas pela comunidade jurídica e geraram resultados positivos, no plano da operatividade do sistema. O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma consequência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática. A complexidade resultante desse processo confunde-se, até certo ponto, com essa desorganização, comprometendo a celeridade e gerando questões evitáveis (= pontos que geram polêmica e atraem atenção dos magistrados) que subtraem indevidamente a atenção do operador do direito.²⁶¹

²⁶⁰ JOBIM, 2016, p.112.

²⁶¹ BRASIL. Senado Federal. **Lei n° 13.105 de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 23 dez. 2021.

Foi então que em 2009, por determinação do Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, foi instituída a Comissão de Juristas responsáveis pela elaboração do anteprojeto de lei que se transformaria no Novo Código de Processo Civil.²⁶²

Tal comissão foi presidida por Luiz Fux, acompanhado por Teresa Arruda Alvim Wambier, Adroaldo Furtado Fabrício, Benetido Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansei Almeida, José Miguel Medina, José Roberto Bedaque, Marcos Vinícius Coelho e Paulo Cezar Caneiro.²⁶³

Em 2010, o anteprojeto foi apresentado ao Senado e convertido no Projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010, com seu relatório final aprovado no mês de dezembro do mesmo ano, quando foi remetido à Câmara de Deputados e recebido como Projeto de Lei nº 8.046 de 2010.²⁶⁴

Porém, muito antes da elaboração do anteprojeto de Código de Processo Civil de 2015, Adroaldo Furtado Fabrício, um dos integrantes da Comissão, já defendia a importância do incremento dos poderes do juiz ao afirmar: “essa enorme transformação do papel das partes no processo há forçosamente de encontrar correspondência em um incremento acentuado dos poderes do juiz, cujo papel há de ser tanto mais ativo quanto menos ‘duelístico’ for o processo”.²⁶⁵

Adroaldo Furtado Fabrício²⁶⁶ também advertia que a atribuição de poderes mais amplos aos juízes não era fruto de um modismo intelectual, mas o reclamo de uma efetiva necessidade decorrente de uma transformação vivida pelo Direito.

A razão do aumento dos poderes do juiz se deu por questões óbvias, como bem aponta Dalmo de Abreu Dallari²⁶⁷: “A história da magistratura, mesmo vista em traços largos, revela diferentes concepções de seu papel social e político”. Ressalta que as diferentes organizações sociais, as diversas formas de governo e a evolução das sociedades humanas são fatores que influem diretamente no papel da magistratura, aspecto devidamente abordado no primeiro capítulo.

²⁶² BRASIL. Senado Federal. **Lei nº 13.105 de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 23 dez. 2021.

²⁶³ Ibid.

²⁶⁴ Ibid.

²⁶⁵ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Ensaio de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.407.

²⁶⁶ Ibid., p.408.

²⁶⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p.8.

Através da Exposição de Motivos de Código de Processo Civil de 2015 é possível visualizar a tentativa de se estabelecer uma legislação moderna e adaptada aos novos tempos, compromissada com valores constitucionais.

Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.²⁶⁸

Observa-se da descrição acima que o Código de Processo Civil de 2015, além de outros objetivos, pretende criar as condições para que o juiz possa proferir uma decisão de mérito mais rente à realizada possível, pretensão que está diretamente associada uma decisão mais justa e próxima da verdade.

Não foi por outra razão que foi mantida a previsão dos Poderes Instrutórios do juiz, não se afastando da tendência do Direito Processual Civil brasileiro desde 1939. O art. 370 do Código de Processo Civil dispõe que: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”.

O grande mérito do legislador foi manter a possibilidade de iniciativa probatória do juiz, todavia incidiu no mesmo equívoco da legislação anterior, pois não estabeleceu uma sistematização quanto ao seu exercício, matéria que ficou reservada à doutrina e à jurisprudência.

Tal crítica não pode ser desconsiderada, tendo em vista que a efetividade do processo não é uma via única, ou seja, não está sozinha em dado sistema normativo, mas convive com os demais valores do formalismo processual, especialmente com a segurança jurídica.

Um Código de Processo Civil que vise a simplificação e que tenha como propósito a proteção e a concretização de direitos fundamentais, deve evitar o uso de cláusulas gerais em temas sensíveis. E caso venha adotar tal técnica legislativa, como é o caso dos Poderes Instrutórios, deve apresentar outras normas que orientem a sua aplicação.

²⁶⁸ BRASIL. Senado Federal. **Lei nº 13.105 de 2015**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2021.

Tais normas poderiam ser chamadas de “secundárias” cuja a função seria de servir de vetores procedimentais para o uso dos Poderes Instrutórios. Assim, o julgador seria auxiliado por outros enunciados textuais mais precisos e que fariam parte da mesma temática.

As cláusulas gerais possuem expressão linguística de conteúdo pouco claro, cuja a finalidade é dar flexibilidade e adaptabilidade ao Direito. E o uso de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados é comum e recomendável, pois concede maior liberdade ao intérprete para adequação do direito positivo às transformações ocorridas em sociedade.

Todavia, a utilização excessiva de tais técnicas leva a um estado de insegurança jurídica, dado alto grau de indeterminação do texto legislativo, ainda mais em temas sensíveis, criando debates infundáveis, especialmente em temas como os Poderes Instrutórios.

Em síntese, as cláusulas gerais são formadas por conceitos vagos e indeterminados e encampam princípios. O seu uso é recomendável e é uma marca do Direito contemporâneo, entretanto dão maior liberdade ao intérprete, o que suscita muitos debates, e por vezes violação à segurança jurídica.²⁶⁹

É importante lembrar que o direito fundamental à segurança jurídica também vincula o legislador, tendo esse o dever de criar técnicas processuais que contemplem e harmonizem seu conteúdo mínimo no âmbito do processo. É digno de registro que na Exposição de Motivos, há indicativo de que a atenção do legislador gravitou muito em torno da efetividade do processo, descuidando-se um pouco das garantias processuais.

A referência à segurança jurídica ficou muito limitada à formação de precedentes e à uniformização de jurisprudência, o que parece que se buscou algo novo com olhares no passado. Perdeu-se a excelente oportunidade de se estabelecer critérios para o exercício, bem como uma adequada procedimentalização.

Feitas tais considerações sobre o modo como o direito processual civil brasileiro tratou do tema, cabe fazer uma breve referência no direito comparado no sentido de demonstrar que a concessão de poderes instrutórios ao juiz é uma realidade internacional.

Há uma tendência de aumento dos poderes no direito estrangeiro, embora haja uma infinidade de variações quanto a extensão de tais poderes.²⁷⁰ Em síntese, no direito alienígena existem três grandes grupos de ordenamentos em relação aos poderes instrutórios; a) primeiro

²⁶⁹ ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial e Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.226.

²⁷⁰ CAPELLETTI, Mauro. **La oralidade y las pruebas em processo civil**. Traducción de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: EJE, 1972, p.119.

grupo não confere poderes instrutórios aos juízes; b) o segundo é aquele que admite os poderes instrutórios, mas com restrições; e c) o terceiro é o que não confere poderes ao juiz.

O sistema espanhol é o mais restritivo, haja vista a forte influência do princípio dispositivo, cuja direção do processo está mais sob os poderes dos litigantes, é o que se depreende das providencias para *mejor* prover, as quais somente possibilitam somente às partes esclarecer dúvidas antes do julgamento.²⁷¹

Também nos países de *comonn law* onde vigora o sistema de *adversary system* o juiz não possui iniciativa probatória, embora haja uma tendência do direito inglês para a concessão de maiores poderes ao juiz, especialmente através de algumas previsões do *Rules of Civil Procedure*, de 26 de abril de 1999.²⁷²

Na Itália é conferido às partes o poder de iniciativa probatória, somente em caráter excepcional é atribuído ao magistrado o poder determinar a produção de ofício. Tal previsão consta no enunciado do art. 281, do *Codice di Porcedure Civile* de 1988: “*Il giudice può disporre d’ufficio la prova testimoniale formulandone i capitoli quando le parti neslla esposizione dei fatti si sono riferite a persone che appaiono in grado di conoscere la verità*”.²⁷³

Todavia, na doutrina italiana há intensos debates, variando de posições mais restritivas, como de Giovane Verde²⁷⁴, segundo o qual o juiz somente poderia ter inciativa probatória nos casos previstos em lei, até o pensamento daqueles, como de Luigi Paolo Comoglio, Conrado Ferri e Michele Taruffo, segundo os quais o juiz teria liberdade de valer-se de todos os meios de provas destinados ao esclarecimento das narrativas processuais.²⁷⁵

Por sua vez na Alemanha e na França dos Poderes Instrutórios do Juiz são amplos. Na Argentina, na Colômbia, Portugal e Chile também existem previsões concedendo poderes instrutórios.

Assim, é facilmente notado que o poder de iniciativa probatória é uma realidade não somente no Direito Processual Civil brasileiro, mas também em outros países, razão pela qual o debate sobre a sua extensão, especialmente a partir de critérios dogmáticos para o seu exercício, ganha relevo.

²⁷¹ PENTEADO, 2013, p.202.

²⁷² TARUFFO, Michele. **Il processo civile “adversary” nellé sperienza amaricana**. Padova: Cedam, 1979, p.20-21.

²⁷³ ITÁLIA. **Altalex**. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2014/12/04/del-procedimento-davanti-al-tribunale-dell-istruzione-della-causa>. Acesso em: 23 dez. 2021.

²⁷⁴ VERDE, Giovanni. **Profili dell processo civil**: parte generale. Napoli: Jovene, 1978, p.84-85.

²⁷⁵ COMOGLIO, 2011. ISBN: 9788815138989, 9788815138996.

Indo ao encontro de tal premissa, nos tópicos seguintes serão desenvolvidos os critérios dogmáticos para uso dos Poderes Instrutórios em nosso Direito Processual Civil, em conformidade ao direito fundamental à segurança jurídica e o direito fundamental à tutela jurisdicional e efetiva.

4.2 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E O RESPEITO AO DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA

Nesse tópico serão desenvolvidos critérios para o exercício poder de iniciativa probatória oficial à luz do direito fundamental à efetividade. Tal avaliação partirá da ideia já desenvolvida de que a efetividade se vincula à descoberta da verdade, visto que é imprescindível para justiça da decisão.

Assim, a partir de tal premissa é que se questiona sobre qual é a melhor interpretação do art. 370 do Código de Processo Civil a partir da Constituição Federal de 1988, especialmente ante o modelo de Estado adotado (Estado Democrático de Direito).

No capítulo primeiro, foi estabelecido o conteúdo do direito fundamental do direito à tutela jurisdicional efetiva. Em síntese, viu-se que o direito fundamental à efetividade pode ser compreendido em sentido lato, pois existe um conteúdo mínimo para a sua identificação, ou seja, um conjunto de características que estando presentes no processo judicial permitem dizer que a tutela jurisdicional é capaz de ser efetiva.

Também restou demonstrado que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva se reveste das seguintes características: a) direito à tempestividade da prestação da tutela jurisdicional, o que nos remete à duração razoável do processo; b) direito à adequação entre as técnicas utilizadas e o direito material protegido, ou seja, adequação entre meios e fins, o que demanda técnicas processuais idôneas e, por fim; c) efetividade estrito sensu, o qual se refere às formas de tutela, ou seja, ao direito material deve ser colocadas às disposição não somente tutelas repressivas, mas também preventivas.²⁷⁶

Ainda no referido capítulo, tratou-se de especificar ainda mais o conteúdo da efetividade, para tanto valeu-se das lições de José Carlos Barbosa Moreira²⁷⁷ para quem a efetividade poderá ser alcançada através de um programa básico:

²⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela de Direitos**. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.139.

²⁷⁷ MOREIRA, 2021 [recurso eletrônico].

a) previsão de instrumentos adequados para tutela de direitos; b) assegurar a mais ampla possibilidade da reconstrução dos fatos relevantes da causa; c) o resultado do processo deve assegurar à parte vitoriosa pleno gozo do bem da vida postulado e; d) cumpre atingir o resultado referido com o mínimo de dispêndio de tempo e energia.

À luz do que se entende por efetividade da tutela jurisdicional, a literatura processual vem apresentando diferentes interpretações em relação ao artigo 370 do Código de Processo Civil, as quais podem ser assim sintetizadas: a) exclusiva atuação das partes em matéria probatória, em razão da inconstitucionalidade do art. 370; b) atuação ampla do juiz na instrução; c) atuação limitada do juiz matéria probatória.²⁷⁸

Resumidamente, existem os seguintes posicionamentos: a) os que defendem a existência de amplos poderes instrutórios do juiz; b) os que entendem que o art. 370 seja inconstitucional; c) os que admitem a iniciativa oficial, mas com limites.²⁷⁹

E dentre aqueles que admitem a iniciativa oficial, mas com limites, existem ainda: a) os que defendem a atividade instrutória de forma complementar à atividade da parte, jamais substitutiva; b) os que admitem a iniciativa oficial, mas que alertam que afasta a imparcialidade, razão pela qual sustentam a necessidade de criação de um regime de competências escalonada, para que o juiz que tenha determinado a prova pudesse remeter o processo para que outro julgador aprecie o mérito; c) os que admitem a iniciativa oficial, entretanto a extensão do iniciativa oficial dependeria da natureza da relação controvertida, dependendo se a controvérsia versar sobre direito disponível ou indisponível e da igualdade das partes na relação processual.²⁸⁰

A partir desse momento será feita análise dos argumentos em favor da inconstitucionalidade do art. 370, instante que os “fantasmas” que gravitam em torno do tema serão “exorcizados”. Para tanto, passa-se a enumerar os principais argumentos favoráveis à passividade do juiz em matéria probatória, bem como a apresentação da respectiva refutação.

Para fins didáticos será utilizada a classificação realizada por Joan Picó I Junoi²⁸¹, segundo o qual tais argumentos poderiam ser sintetizados em seis objeções que seguem:

²⁷⁸ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandrina de. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015, p.89.

²⁷⁹ Ibid.

²⁸⁰ Ibid.

²⁸⁰ Ibid.

²⁸¹ JUNOY, Joan Picó I. **Juiz e a Prova**: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare debet secundum aellegata et porbata, non secundum conscientiam e a sua repercução atual. Trad. Darci Guimarães Ribeiro. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p.97-108.

a) impossibilidade de atribuir iniciativa probatória do ao juiz civil devido à natureza privada do interesse discutido no processo civil, isto é a ideia de que as partes devem ser livres em sua disposição; b) o interesse único das partes é uma solução favorável às suas pretensões; c) incompatibilidade do direito à prova das partes com a iniciativa probatória do juiz; d) a distribuição do ônus da prova; e) violação à imparcialidade judicial.

Os argumentos descritos nas alíneas “a” e “b” podem ser rechaçados através dos ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira²⁸²:

[...] o que normalmente quer cada uma das partes é sair vitoriosa, tenha ou não razão: pouco lhe importa, em regra, que se mostre justo o resultado, desde que lhe seja favorável; e, quando não tem razão, importa-lhe retardar o desfecho do pleito. Há de existir alguém que atue imparcialmente no sentido de que o processo tenha uma marcha regular e venham aos autos todos os elementos necessários, para que o julgamento corresponda, na medida do possível, à realidade. [...]. Há, porém, um setor da doutrina ao qual desagrade profundamente a ideia mesma da concessão de muitos poderes ao órgão judicial. Enxerga-se nela uma exacerbação indevida do elemento publicístico do processo e uma intolerável manifestação de autoritarismo.

Ainda nas lições de José Carlos Barbosa Moreira²⁸³:

Aceitar a premissa de que o titular do direito, em princípio, toca livremente se ele deve ser defendido ou não juízo, daí não se extrairá, sem manifesto salto lógico, que lhe assista idêntica liberdade de influir na maneira por que, uma vez submetida a lide ao órgão estatal, deva este atuar com fim de estabelecer a norma jurídica concreta aplicável à espécie. Se cabe ver no litígio uma enfermidade social, a cuja cura se ordena o processo, antes parece lícito raciocinar, a partir do fato que o enfermo, no sentido físico da palavra, livre embora de resolver se vai ou não internar-se em hospital, tem de sujeitar-se desde que opte pela internação, às disposições do regulamento: não pode impor ao seu bel prazer os horários de refeições e visitas, nem será razoável que se lhe permita controlar a atividade do médico no uso dos meios de investigação indispensáveis ao diagnóstico, ou na prescrição dos médicos adequados.

Ademais, baseia-se numa premissa já superada de que o processo civil tem a única função de tutelar interesses privados.²⁸⁴ A ideia central dessa objeção reside no pressuposto de considerar a ação como uma manifestação do direito violado. A ação seria expressão do próprio direito, que possuiria uma versão estática, representada pelo direito em si, e uma versão dinâmica, representada pelo exercício deste direito.

²⁸² MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Neoprivatismo no Processo Civil**. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista26/revista26%20JOS%C3%89%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA%20%E2%80%93%20Neoprivatismo%20no%20Processo%20civil.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2021.

²⁸³ Ibid.

²⁸⁴ LUCCA, Rodrigo Ramina de; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (Coord.). **Disponibilidade Processual: a liberdade das partes no processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.94.

Todavia, tal premissa foi abandonada há muito tempo em razão de dois fatores fundamentais que conduziram à publicização do processo. O primeiro acontecimento decorreu da compreensão de que o direito de ação é autônomo e original, distinto do direito material.

Enquanto a violação do direito material faria nascer uma relação jurídica entre autor e réu, um direito do autor em face do réu, haveria também um direito autônomo em face do Estado para que esse colocasse fim ao conflito, que deu o caráter público e autônomo ao direito de ação.²⁸⁵

O segundo acontecimento marcante para a publicização do direito processual civil ocorreu com a publicação da obra “Teoria das Exceções e Pressupostos Processuais, de Oscar von Bulow, que claramente demonstrou a independência e autonomia do direito processual em face da relação jurídica de direito material, ou seja, o processo é um ramo do direito público, exercitado por agentes estatais para o bem comum.²⁸⁶

O Estado é o único titular da função jurisdicional, que se serve do processo para garantir a efetividade da função jurisdicional. Para além da tutela de direitos provados no processo, há interesse do Estado na proteção de integridade do ordenamento jurídico vigente, de que a função jurisdicional respeite todas as gerações de direitos fundamentais, especialmente os processuais.²⁸⁷

Para os adeptos das primeiras objeções, as coisas andarão tanto melhor quanto mais forem deixadas aos cuidados dos próprios litigantes, visto que o incremento dos poderes do juiz representaria uma prática típica de Estados autoritários.

Todavia, trata-se de uma posição simplista de associar de forma rígida, regimes autoritários com o aumento dos poderes dos juizes. A realidade é sempre mais complexa do que a imagem que ela propõe interpretações assim lineares.²⁸⁸

Tal posição é desmentida pela própria história, pois leis processuais insuspeitas de autoritarismo foram aprovadas em governos autoritários. Por exemplo, a Lei nº 4.717 de 1965, que regula a ação popular, e a Lei nº 7.347 de 1985, que disciplina a ação civil pública, caracterizam-se por serem diplomas são diplomas democráticos, uma vez que nada se encontra nos respectivos textos tenha o potencial de ferir os direitos das partes.²⁸⁹

²⁸⁵ LUCCA; WAMBIER; TALAMINI, 2019, p.91-96.

²⁸⁶ Ibid.

²⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do Novo Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2016, p.22.

²⁸⁸ MOREIRA, 2021 [recurso eletrônico].

²⁸⁹ Ibid.

Outro equívoco é supor que governos autoritários costumem a inclinar-se ao fortalecimento de juízes. Geralmente, em regimes autoritários os poderes que se empenham em fortalecer são, geralmente, os do Executivo, não os do Judiciário.

Desse modo, o reforço dos poderes dos juízes é passível de conviver com a estrutura política das mais diversas possíveis, situadas em posições políticas diferentes, razão pela qual não é cientificamente seguro extrair considerações categóricas sobre a relação o incremento dos poderes do juiz e o regime político.²⁹⁰

A terceira objeção sustenta a incompatibilidade entre o direito à prova das partes com a iniciativa probatória do juiz. Todavia, o fato de as partes serem titulares de um direito fundamental à prova não significa que o juiz tenha direito à prova.

O fundamento dos poderes instrutórios não reside num eventual direito à prova do juiz, mas na função pública que exerce, com seu comprometimento de prestar uma tutela jurisdicional justa.²⁹¹

A sua iniciativa não é substitutiva das partes, mas sim algo inerente à função de julgador. Ele não atua como substituto da parte, atua como juiz, como magistrado empenhado em julgar bem. Ademais, se levássemos às últimas consequências a separação entre direito e fato, sendo os fatos exclusivos das partes, o direito seria exclusivo do juiz, impondo que as partes não pudessem lançar argumentos jurídicos.²⁹²

A quarta objeção sustenta se refere a uma hipotética destruição das regras de distribuição do ônus da prova. Afirmar-se que o juiz provará a existência ou a inexistência dos fatos, o que corresponderia a provar a uma das partes. Esse argumento é frágil, pois parte da premissa de que o exercício dos poderes instrutórios se dará em substituição a atividade probatória, a desconsiderar ônus subjetivo da prova. E mais, há autores que defendem a regra do ônus da prova como regra de julgamento, o que rechaça ainda mais o argumento.

Outro argumento utilizado para se tentar refutar a iniciativa probatória do juiz é a violação da imparcialidade, o que também carece de sustentação. Tal fundamento cinco argumentos de autoria de Joan Picó i Junoy²⁹³:

- a) Em primeiro lugar o órgão jurisdicional ao determinar a produção de determinada prova, não se coloca a favor ou contra a uma das partes, infringindo o dever de imparcialidade, pois antes da prática da prova não sabe quem vai se beneficiar ou prejudicar com a sua produção, senão que o seu único objetivo é julgar bem.
- b) invocar esta dita imparcialidade para o julgador civil, mas recolhê-las em outras jurisdições, é admitir que outros juízes e julgadores possam ser parciais se procederem de ofício

²⁹⁰ MOREIRA, 2021 [recurso eletrônico].

²⁹¹ JUNOY, 2017, p.97-108.

²⁹² Ibid.

²⁹³ Ibid.

na prática da prova. c) a contradição entre proibir a prática probatória por parte do juiz, mas ao mesmo tempo permitir que faça o mais amplo juízo de admissibilidade sobre a sua produção, e participar da produção probatória das partes. d) a possibilidade de o juiz valor a prova que determinou de maneira mais “favorável” em relação à prova produzida pelas partes. Tal fato poderá ser corrigido por meio recursal. e) a possibilidade de uso abusivo de tais poderes poderá ser controlado também pelos recursos existentes.

E mais, o magistrado ao determinar a produção de determinada prova não sabe de antemão quem será o beneficiado, somente saberá quando for valorada, ou seja, em momento posterior. Outro ponto que é importante sublinhar é que a omissão do juiz também pode caracterizar uma quebra de parcialidade se levarmos as últimas consequências dos detratores a ideia de iniciativa probatória do juiz.

Nos parágrafos anteriores foram expostos os principais argumentos daqueles que são contrários aos Poderes Instrutórios do Juiz, cujos fundamentos servem de sustentação teórica para a tese da inconstitucionalidade do art. 370 do Código de Processo Civil. Concomitantemente à apresentação de tais argumentos, foram expostos tantos outros em forma de refutação.

Rechaçada a tese da inconstitucionalidade, passa-se à análise das correntes doutrinárias que admitem a constitucionalidade do art. 370 do Código de Processo Civil, mas que divergem quanto ao modo de seu exercício. Assim, foi afirmado alhures que há uma primeira corrente que sustenta uma maior amplitude do poder de iniciativa probatória, e outra que defende que é limitado.

Foi dito ainda, que dentre os que entendem que a iniciativa probatória do juiz é limitada, existe ainda os que: a) defendem a atividade instrutória de forma subsidiária à atividade da parte, jamais substitutiva; b) admitem a iniciativa oficial, mas que alertam que afasta a imparcialidade, razão pela qual sustentam a necessidade de criação de um regime de competências escalonada, para que o juiz que tenha determinado a prova pudesse remeter o processo para que outro julgador aprecie o mérito; c) admitem a iniciativa oficial, entretanto a extensão do iniciativa oficial dependeria da natureza da relação controvertida, dependendo se a controvérsia versar sobre direito disponível ou indisponível e da igualdade das partes na relação processual.²⁹⁴

²⁹⁴ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p.88.

²⁹⁴ Ibid.

José Roberto dos Santos Bedaque²⁹⁵ entende que os poderes probatórios não são complementares à atividade das partes, pois as regras de distribuição do ônus da prova não seriam regra de instrução, mas de julgamento, razão pela qual o juiz não deveria ter qualquer preocupação com as regras sobre ônus da prova antes disso. Assim, o autor entende equivocada a posição daqueles que sustentam que a regra de distribuição dos encargos probatórios determinaria uma atuação subsidiária do juiz.

Assim, a regra de distribuição dos encargos probatórios prevista no artigo 373 do Código de Processo Civil somente se aplicaria às partes, ou seja, não vincularia o juiz. Tal vinculação somente ocorreria após esgotadas todas as provas produzidas, inclusive as provas por ele determinadas, quanto então o juiz a aplicaria como regra de julgamento, momentos completamente distintos.

Logo, a regra que consubstancia os poderes instrutórios do juiz não se subordinaria à regra do ônus da prova, razão pela qual o juiz não estaria vinculado a uma atuação subsidiária das partes. Afirma José Roberto dos Santos Bedaque²⁹⁶: “Quando, porém, o conjunto probatório não permitir a conclusão segura sobre os fatos controvertidos, ainda que integrantes da relação processual, inclusive o próprio magistrado, incidirão as regras legais referentes ao ônus da prova”. Conclui: “As regras do artigo 333 devem ser seguidas pelo juiz quando do julgamento. Antes disso, tanto ele quanto as partes, ou mais ele, do que as partes, têm interesse na correta demonstração dos fatos”.

Alexandre Freitas Câmara²⁹⁷ refere que é inegável que o Código de Processo Civil concedeu ao juiz poderes instrutórios, razão pela qual o ponto nevrálgico de debate não é a sua existência, mas sim se o exercício será complementar ou não iniciativa das partes. Para o processualista a iniciativa probatória oficial é uma atividade conjunta com as partes, ou seja, não é complementar.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira²⁹⁸ afirma que a atividade probatória do juiz é conjunta com as partes, não em substituição àquelas, como um dos sujeitos interessados no resultado do processo. Posição também compartilhada por Sérgio Luís Wetzel de Mattos²⁹⁹ que também

²⁹⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Juiz, Processo e Justiça. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato et al. (Coord). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: JusPODIVM, 2013, p.131.

²⁹⁶ Id. **Poderes Instrutórios do juiz**. 6.ed. rev. atual. e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.128-130.

²⁹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes Instrutórios do Juiz e Processo Civil Democrático. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato et al. (Coord). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: JusPODIVM, 2013, p.68.

²⁹⁸ ÁLVARO, 2021 [recurso eletrônico].

²⁹⁹ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. A Iniciativa Probatória do Juiz e o princípio do Contraditório no Processo Civil. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). **Prova Cível** Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.127.

sustenta que a atividade probatória do juiz e das partes forma um conjunto harmonioso, embora com interesses contrapostos, mas que acabam atingindo o mesmo fim, razão pela qual a atividade do juiz não pode ser vista como substitutiva das partes.

Por outro lado, Juan Montero Aroca³⁰⁰ faz severas críticas à produção de prova de ofício, uma vez que a pretexto da busca da verdade muitos sistemas processuais teriam por objetivo com fins políticos, não a tutela do direito das partes. A verdade seria instrumento de doutrinas flagrantemente autoritárias e contrárias aos regimes democráticos.

Vicente Greco Filho³⁰¹ adota a posição no sentido de que os poderes instrutórios do juiz são amplísimos, razão pela qual deve ser em conjunto com as partes, ou seja, para o autor o exercício dos poderes instrutórios não ocorre em caráter complementar ou subsidiário às partes.

Para José Manuel de Arruda Alvim Neto³⁰² os poderes instrutórios são subsidiários, o que significa para o autor que o juiz somente poderá ter iniciativa probatória quando a prova produzida pelas partes for insuficiente. Todavia a iniciativa do juiz será no sentido de somente complementá-la, logo não poderá determinar a produção de prova não produzida pela parte, salvo no caso de direitos indisponíveis. Observa-se que a subsidiariedade proposta pelo autor tem contornos bem rígidos.

Encontramos no entendimento de Glauco Gumerato Ramos³⁰³ um dos expoentes do Garantismo Processual no Brasil, o pensamento segundo o qual a prova de ofício deve ser excepcional e exercitado através de escalonamento de competências. Para o autor seria mais legítimo um procedimento que se desenvolvesse perante juízes distintos, visto que haveria uma desfragmentação do poder no processo, evitando abusos e também violação da imparcialidade em matéria probatória. Assim, para o autor deve existir um juiz para a urgência, uma para instrução e um para sentença.

³⁰⁰ AROCA, Juan Montero. Prova e Verdade no Processo Civil-Contributo para o Esclarecimento da Base Ideológica de Certas Posições Pretensamente Técnicas. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato et al. (Coord). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. p.505.

³⁰¹ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil brasileiro**. 17. ed. v.I. São Paulo: Saraiva, 2017, p.227-228.

³⁰² ALVIM NETO, José Manuel de Arruda. O papel do juiz no direito probatório: apontamentos sobre os poderes instrutórios, distribuição do ônus da prova e a preclusão pro judicato. **Revista Internacional da Academia Paulista**, n.5, Nova Série, 2020. Disponível em: <https://apd.org.br/o-papel-do-juiz-no-direito-probatorio-apontamentos-sobre-os-poderes-instrutorios-a-distribuicao-do-onus-da-prova-e-a-preclusao-pro-judicato/>. Acesso em: 27 dez. 2021.

³⁰³ RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a Prova de Ofício na Perspectiva do Garantismo Processual. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato et al. (Coord). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: JusPODIVM, 2013, p.256.

José Carlos Barbosa Moreira³⁰⁴ refere que a atuação do juiz deve se dar em caso de omissão da parte, o que deixa claro que a atividade probatória é uma atividade precípua das partes, mas que em caso de omissão é dever do juiz determinação a produção da prova que julgue importante para formar a sua convicção. O autor não estabelece requisitos rígidos e não faz diferenciação quanto à natureza do direito em discussão.

Nesse sentido conclui:

Pois bem, não há dúvida que no comum dos casos, a prova é produzida pela parte a quem o fato aproveita. Bem se compreende que as partes que se envolveram pessoalmente com os fatos, suponha-se que tenham os documentos a eles relativos, saibam que está em condições de testemunhá-los, e assim por diante. Falta a enfrentar esta questão: quid iuris, se não vem aos autos a prova de algum fato relevante. Um modo de lidar com esta situação é lançar as consequências desfavoráveis da carência probatória sobre o litigante a quem aproveitaria o fato não provado. [...] É essa a única solução]. Não poderá o juiz, por sua própria iniciativa, ordenar a realização da prova destinada a suprir a lacuna. Sempre nos pareceu, e parece para muitos outros, que a semelhante pergunta se há de responder afirmativamente.³⁰⁵

Galeno Lacerda³⁰⁶ parece adotar a mesma posição, ou seja, para ele a atuação do juiz em matéria probatória deve ser complementar. Seu pensamento fica mais claro na seguinte passagem de sua obra: “jamais poderá o juiz substituir-se à parte, no afã de demonstrar a verdade de suas pretensões. O livre exercício de sua arte, tempera-se essa liberdade com uma sadia faculdade inquisitória complementar do juiz”.

À luz dos ensinamentos do referido autor, a atividade probatória do juiz é complementar, transformando-se num instrumento de equilíbrio entre liberdade das partes e certo grau inquisitório do processo civil. É oportuno registrar que, para além da complementaridade, o autor não aponta qualquer outro requisito para o exercício da iniciativa probatória do juiz.

Já Eduardo Cambi³⁰⁷ defende abertamente o exercício dos poderes instrutórios, mas adverte que o juiz não possui poderes de instrução primária, ou seja, o poder de buscar fora do processo os fatos secundários que possam auxiliar no julgamento. Segundo o autor, cabe às partes procurar onde e como quiserem as informações relevantes para o debate processual, razão pela qual os poderes instrutórios são acessórios e integrativos.

Todavia, em certa medida, o entendimento de Eduardo Cambi se aproxima da posição de José Manuel Arruda Alvim Neto ao associar os poderes instrutórios com a natureza do direito em discussão, defendendo uma maior liberdade na determinação das provas em caso de debate

³⁰⁴ MOREIRA, 2021 [recurso eletrônico].

³⁰⁵ Ibid.

³⁰⁶ LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990, p.97.

³⁰⁷ CAMBI, Eduardo. **Curso de Direito Probatório**. Curitiba: Juruá, 2014, p.265-268.

sobre direitos indisponíveis. Porém, salienta que é indispensável ao juiz, em qualquer hipótese, dar oportunidade aos litigantes de influírem na sua decisão.

Daniel Mitidiero, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart³⁰⁸ a atividade do juiz também será subsidiária: “O juiz, portanto, tem o dever de esclarecer as questões de fato relevantes da causa, aplicando o art. 370, e só após, se ainda remanescer dúvida a respeito desses fatos, julgar com base na regra do ônus da prova.

Moacyr Amaral dos Santos³⁰⁹ adota a tese da atividade probatória do juiz complementar. O órgão julgante somente poderá produzir prova de ofício caso esteja diante provas claramente insuficientes, mas que a partir destas seja possível produzir outras provas. Ressalta ainda que o juiz jamais poderá suprir a iniciativa das partes.

Também Cândido Rangel Dinamarco³¹⁰ defende o exercício dos poderes instrutórios, uma vez que existem omissões das partes que podem prejudicar o julgamento da demanda, todavia reconhece a dificuldade de se estabelecer critérios para o seu exercício. O processualista ao mencionar a omissão das partes está reconhecendo o caráter subsidiário dos poderes instrutórios, mas por outro lado, parece reconhecer um poder instrutório mais amplo ao juiz ao trazer critérios diversos que a própria dúvida quanto à verdade das alegações.

O autor destaca ainda que a desigualdade entre as partes, seja de nível técnico e econômico despertaria o poder-dever do juiz de restabelecer a igualdade no processo, o que legitimaria o exercício dos poderes instrutórios.³¹¹ Nesse ponto, o autor se equivoca, porquanto a mera desigualdade no processo não suscetível de causar dúvida quanto a veracidade ou não das alegações, existindo outras técnicas processuais para estabelecer a isonomia no campo da prova, especialmente a aplicação da carga dinâmica prevista no art. 373 do código de processo civil.

João Batista Lopes³¹² e Humberto Theodoro Júnior³¹³ também sustentam que a iniciativa probatória do juiz deverá ser exercida subsidiariamente às provas produzidas pelas partes, havendo dúvida por parte do juiz. Os poderes instrutórios devem sempre estar relacionados ao estado de dúvida do julgador, esse deve ser o norte para o despertar de seu exercício por parte

³⁰⁸ MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo Civil**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.264.

³⁰⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. v. II. 27.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p.416.

³¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. III. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p.56-61.

³¹¹ Ibid.

³¹² LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.68-69.

³¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil. v. 1. 53.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.445.

do juiz. Humberto Theodoro Júnior ainda destaca que a omissão deve ser extraída das provas produzidas nos autos que indiquem pontos não explorados ou pouco explorados pelas partes.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira³¹⁴ destacam dois modelos de organização processual ao longo da história, os quais guardam relação com a divisão do trabalho entre as partes e o juiz no processo. O primeiro modelo é chamado de adversarial, típico dos países de *common law*, cuja atividade processual, em grande medida, pelas partes, no qual prepondera o princípio dispositivo.

Por sua vez, o segundo modelo é conhecido como inquisitivo, no qual reserva um certo grau de protagonismo ao órgão judicial, modelo de organização típico dos países de *civil law*. Tais modelos estão nitidamente relacionados com a distribuição das funções probatórias entre os sujeitos processuais, cujo debate sempre esteve presente no direito processual brasileiro.

Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira³¹⁵ afirmam que o direito brasileiro concedeu amplos poderes instrutórios, qualquer que seja a natureza da relação jurídica. Todavia, revela que o art.370, assevera que a melhor interpretação ao dispositivo deve ser moderada, representada pelo entendimento de a atividade probatória do juiz seja complementar à iniciativa das partes.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho³¹⁶ assevera que a melhor interpretação ao art. 370 do Código de Processo Civil é no sentido de conceder amplos poderes probatórios aos juízes, já que o juiz não romperia com a imparcialidade. O autor não fez qualquer referência à subsidiariedade, apenas adota como critério o exercício do contraditório prévio, bem como que a prova a ser produzida tenha relação com os fatos controvertidos.

No Superior Tribunal de Justiça cabe destacar o Informativo nº 0539, de 15.05.2014, que nesse sentido dispõe:

No curso de uma ação que tenha objeto próprio, distinto da exibição de documentos, a consequência da recusa em exibi-los é a presunção de veracidade, por disposição expressa do art. 359 do CPC. Sendo assim, a orientação da jurisprudência do STJ é no sentido do descabimento de *astreintes* na exibição incidental de documentos. No entanto, a presunção é relativa, podendo o juiz decidir de forma diversa da pretendida pelo interessado na exibição com base em outros elementos de prova constantes dos autos. Nesse caso, no exercício dos seus **poderes instrutórios**, pode o juiz até mesmo determinar a busca e apreensão do documento, se entender necessário para a formação do seu convencimento.³¹⁷ [grifo do autor].

³¹⁴ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p.88.

³¹⁵ Ibid.

³¹⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de Direito Processual Civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p.687.

³¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo nº 0539, de 15.05.2014**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>. Acesso em: 2 dez. 2021.

A posição do Superior Tribunal de Justiça é ainda mais clara no enunciado do informativo nº 0271, de 12.12.2005:

Na espécie, questionou-se a possibilidade de o magistrado, de ofício, determinar a realização de nova perícia em processo de desapropriação, quando não houve qualquer discordância dos expropriados e do MP. A Min. Relatora destacou que este Superior Tribunal tem adotado a posição de considerar correta e até louvável a postura do magistrado que usa os **poderes instrutórios** conferidos no art. 130 do CPC, diante das particularidades do caso concreto e das ocorrências de supervalorização em áreas desapropriadas em processos semelhantes. A Min. Relatora ressaltou, ainda, que já houve decisões neste Tribunal chegando a permitir a realização de nova perícia na fase executória de processo de desapropriação, em nome dos princípios constitucionais da moralidade e da justa indenização. Outrossim, quanto à outra questão posta nos autos, a da justiça ou injustiça nos valores adotados como indenização pelo magistrado e confirmados pelo Tribunal *a quo*, incide a Súm. n. 7-STJ.³¹⁸ [...], (grifo do autor).

Para fins de estudo adota-se a posição de que o exercício dos Poderes Instrutórios do juiz deve ocorrer de maneira subsidiária à atividade probatória das partes, visto que é a posição que mais harmoniza o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e ao direito fundamental à segurança jurídica.

Esta posição se harmoniza com a efetividade, pois são as partes que melhor têm acesso às provas de suas alegações, bem como da qualidade informativa que podem oferecer. Já o magistrado não sabe de antemão qual é o meio de prova mais adequado para a comprovação das narrativas processuais, razão pela qual uma atuação precipitada em matéria probatória pode gerar dilações inúteis e violar a duração razoável do processo.

Uma atuação concorrente do magistrado também pode gerar tumulto na tramitação processual e violar tanto a segurança jurídica quanto a efetividade, visto que as partes não terão a mínima previsibilidade de quais provas poderão ser determinadas pelo juiz, o que pode interferir também na seleção de seus próprios meios de prova.

Também é possível que uma postura mais ativa do juiz estimule a passividade das partes em matéria probatória, o que comprometerá a descoberta da verdade. É recomendável que os litigantes já saibam de antecipadamente qual é o papel do juiz da atividade instrutória, o que é fácil de perceber quando a atividade do juiz é complementar.

Outro aspecto da atividade probatória que se vincula diretamente à segurança jurídica é a atuação das partes como protagonistas da instrução processual. A atuação prioritária das partes enaltece o princípio democrático do processo, pois garante uma ampla participação dos

³¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo nº 0271, de 12.12.2005**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>. Acesso em: 2 dez. 2021.

potencialmente afetados na formação da decisão, visto são os litigantes que terão suas esferas jurídicas afetadas por uma função estatal, logo devem ser protagonistas na atuação probatória.

Embora o juiz tenha o compromisso de bem julgar, de prestar uma tutela jurisdicional justa, através de uma decisão que se aproxime da verdade, não terá sua esfera jurídica afetada por sua própria decisão, por isso não parece razoável que tenha um papel mais ativo que os próprios litigantes.

A partir da premissa aventada nesse tópico, qual seja, de que o poder de iniciativa probatória do juiz deva ser subsidiário à atividade das partes, passa-se a vislumbrar alguns critérios para o seu exercício à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional que efetiva e da segurança jurídica.

Sem pretensão de se estabelecer um rol exaustivo de critérios vinculados à efetividade, passa-se enumerar alguns pressupostos tendo como referência o procedimento comum do Código de Processo Civil, visto que se aplicada subsidiariamente a outros procedimentos.

O procedimento comum é dividido em fase de conhecimento e fase de cumprimento. A fase de conhecimento é dividida em quatro subfases: a) postulatória; b) organização e saneamento; c) instrutória; e d) decisória.

O estágio postulatório destina-se à oitiva da ambas as partes: o autor expõe o seu caso mediante o exercício do direito de ação, e o defender-se através do exercício de seus direito de defesa, também podendo haver reconvenção.

Nesse estágio o juiz poderá determinar a emenda da petição inicial (art. 321), poderá indeferi-la (art. 330), ou julgar liminarmente improcedente o pedido (art. 322), casos em que o processo poderá ser extinto sem resolução de mérito.³¹⁹

Para que o processo avance para o estágio de organização e saneamento, o juiz deverá avaliar se não é o caso de julgamento conforme o estado do processo (art. 354 e ss), porque em tais hipóteses será inútil ou desnecessária a produção de provas, o que culminará com os seguintes possíveis resultados: a) extinção do processo (art. 354); b) julgamento antecipado de mérito (art. 355); c) julgamento de parcela incontroversa da demanda (art. 356); e d) julgamento de todo e qualquer pedido que não necessite de instrução diversa da prova documental produzida na fase postulatória (art. 356, II).³²⁰

Não sendo o caso de julgamento conforme o estado do processo passa-se à segunda fase, ou seja, para a fase de organização e saneamento quando o processo se preparado para a instrução e para o seu julgamento.

³¹⁹ MITIDIERO; MARINONI; ARENHART, 2019, p.199.

³²⁰ Ibid., p. 203.

Tal fase possui um perfil retrospectivo e prospectivo, sendo que esse último impõe ao juiz que sejam adotadas as seguintes providências: a) delimitação do *Thema Probandum* (art.357, I); b) a especificação dos meios de prova (art.357, II); c) a distribuição do ônus da prova (art.357, III); d) a delimitação das questões de direito relevantes para o julgamento do mérito (art.357, IV); e d) a designação de audiência de instrução e julgamento, se for o caso.³²¹

Realizada a fase organizatória, passa-se à fase instrutória a qual se destina a colheita de prova oral, à produção de prova pericial ou à inspeção judicial. Registra-se que todas as fases referidas não são rígidas por vezes se misturam, logo quando ao referir a denominação de cada fase está se tratando sobre a predominância dos atos que naquele momento são realizados. Por exemplo, na fase instrutória predominam atos de instrução, mas sabe-se que as provas, por exemplo, podem ser produzidas antecipadamente.³²²

Levando em consideração as fases do procedimento comum, passa-se a estabelecer os critérios para o exercício dos poderes instrutórios do juiz à luz da efetividade, de maneira que possa contribuir com uma decisão mais próxima à realidade possível.

Ressalta-se que para fins deste estudo, adota-se a corrente doutrinária segundo a qual poderes instrutórios são subsidiários à iniciativa probatória das partes, uma vez que é a posição que mais se harmoniza com os direitos fundamentais à tutela jurisdicional efetiva e à segurança jurídica.

Observa-se que a referência para o exercício dos Poderes Instrutórios não são as fases em consideradas em si mesmas, mas sim o momento em que o juiz tem condições de perceber que os elementos de prova disponíveis não são suficientes.

Ocorre que no procedimento comum, tais ocorrências, em grande maioria das vezes, ocorrerão na fase de organização e saneamento do processo ou na fase de instrução, por isso que os critérios a seguir apresentados acabarão coincidindo com tais estágios de tramitação processual.

É necessário que o juiz na fase de organização e saneamento, em constante diálogo com as partes, externe o standard probatório adotado de maneira a ficar claro o grau de suficiência probatória exigido. O magistrado também deve avaliar se o fato controvertido pode ser total ou parcialmente descoberto, visto que pode ser hipótese de redução do módulo da prova.

Realizada as avaliações descritas, verifica-se as condições da parte inicialmente onerada com ônus da prova, ou seja, é imprescindível que o julgador estude a possibilidade da dinamização dos encargos probatórios antes de lançar “mão” dos poderes instrutórios. Embora os critérios acima descritos não estejam vinculados propriamente ao exercício dos poderes

³²¹ MITIDIERO, 2019, p.263.

³²² Ibid., p.274.

instrutórios, mas sim às regras de distribuição do ônus da prova, podem acabar influenciando a temática, porquanto relacionados à formação do convencimento judicial.

Por exemplo, se o juiz na fase de organização e saneamento verificar se é caso de redução do módulo da prova, o grau de exigência para formar a sua convicção sobre determinada narrativa restará reduzido, caso que conjugado com o modelo de constatação adotado, será capaz tornar dispensável o uso dos poderes instrutórios.

Adotadas tais medidas, total ou parcialmente, ou ainda sendo desnecessárias, o juiz poderá admitir a prova requerida, que será posteriormente produzida. Nesse caso, o juiz somente poderá determinar a prova de ofício após a produção das provas das partes, visto que este será o momento em que o órgão judicante terá condições de melhor avaliar a qualidade informativa do meio de prova produzido e, portanto, identificar se existem indícios de que o acervo probatório presente será insuficiente para formar seu convencimento.

É importante destacar que nesse momento não se trata de uma valoração da prova com vistas a um juízo definitivo, relacionado à força probatória para fins do julgamento do mérito, razão pela é possível afirmar que há apenas juízo instrumental, com menor densidade avaliativa, sobre a prova produzida.

Logo, para fins de exercício dos poderes instrutórios, há um hiato entre a primeira impressão que o juízo tem das provas e a valoração propriamente dita. A valoração da prova é um processo de singular complexidade que envolve análise individual e conjunta dos elementos probatórios, bem como o estudo sobre a natureza dos fatos, a sua possibilidade de descoberta.

Todavia, caso o meio de prova requerido não venha a incidir sobre fatos controvertidos, relevantes e pertinentes, o juiz não admitirá a sua produção. Nessa circunstância, poderá o magistrado determinar a produção de prova de ofício, pois saberá de antemão que não terá os meios probatórios suficientes para formar a sua convicção.

A prova determinada de ofício também deverá incidir sobre fato específico, devidamente delimitado pelas partes no processo, sendo vedado ao juiz a investigação de fatos não debatidos na lide, desvinculados da ação e da defesa. A prova determinada pelo juízo não deve recair sobre a totalidade do *Thema Probandum*, mas sobre pontos não esclarecidos pelas provas já produzidas, não admitidas ou omitidas pelas partes, ou seja, a prova de ofício atua sobre a deficiência probatória e sobre a sua qualidade.³²³

³²³ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes Instrutórios do Juiz no processo de conhecimento. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petronio (Coord.). **Coleção Andrea Proto Pisani**. v.1. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p.56-58.

Ressalta-se que os poderes instrutórios não se destinam a reequilibrar a relação processual. Assim, em caso de dificuldade de acesso aos meios de prova por uma das partes, deverá o juiz aplicar a carga dinâmica da prova, sob pena de deixar totalmente sem sentido a sua recente previsão no do código de processo civil. Somente se não existirem os pressupostos para a aplicação da carga dinâmica, somada à dúvida sobre a credibilidade das provas já produzidas, é que outras provas poderão ser determinadas de ofício.

Já em relação ao exercício dos poderes instrutórios nas relações de consumo é oportuno salientar que deve ser exercitado em harmonia com os princípios que regem a relação consumerista, ou seja, não deve gerar desequilíbrio na relação processual. Mesmo que os poderes instrutórios não guardem qualquer relação de dependência com a relação jurídica de direito material, mas sim com a busca da verdade, é imperioso que busque a sua adequada conformação em relação a alguns ramos do direito.

Por fim, os poderes instrutórios são autônomos e independentes aos atos de disposição das partes, o que impõe que sejam feitas algumas reflexões sobre os negócios jurídicos processuais em relação aos poderes instrutórios.

Tal temática é de singular relevância, tendo em vista que pode comprometer o exercício dos poderes instrutórios, logo a prestação de uma tutela jurisdicional que seja justa e efetiva. Quanto ao tema, o código de processo civil seguiu as linhas mestras da função da jurisdição no Estado Democrático de Direito, porquanto para além de conceder poderes ao juiz, também previu a possibilidade de celebração de negócios jurídicos atípicos no art. 190.

A participação das partes ao contrário do que se possa imaginar não retira o caráter público do processo, visto que amplia o âmbito de influência do jurisdicionado no resultado do julgamento. Todavia, o prestígio da vontade no processo não pode significar o esvaziamento dos poderes do juiz, especialmente dos instrutórios, isso porque, a autonomia da vontade no processo deve respeitar tanto a segurança quanto a efetividade.

A novel legislação ultrapassou a barreira das convenções processuais típicas já existentes no código de 1973. Atualmente, os negócios jurídicos processuais ou estão previstos na legislação processual (negócios jurídicos processuais típicos), ou podem decorrer da cláusula geral da negociação prevista no art. 190.

O legislador permitiu às partes, por meio de uma cláusula geral negocial, a celebração de convenções processuais no sentido possibilitar mudanças no procedimento, no que se refere a ônus, poderes e faculdades processuais e deveres, sempre no intuito de adequar os atos procedimentais à natureza e às especificidades da causa.

A cláusula geral negocial do art. 190 vem causando infundáveis discussões sobre a possibilidade de existência de convenções processuais não previstas na legislação processual, especialmente sobre a possibilidade de sua celebração em matéria probatória, o que inclui a temática dos poderes instrutórios do juiz.

Assim, inúmeras questões ficaram em aberto para aprofundamento dogmático, em especial: a) sobre quem seriam sujeitos participantes; b) o seu objeto; c) o papel do juiz diante convenção; d) as consequências jurídicas do seu descumprimento; e) os contornos jurídicos sobre as invalidades; f) a possibilidade de distrato e rescisão unilateral. Para fins de estudo importa saber em especial se os poderes instrutórios do juiz poderão ser objeto de livre disposição das partes. Para tanto, o primeiro conceito que deve ficar claro para fins de estudo é o de negócio jurídico processual. Entende-se por negócio processual, “o ato que produz ou pode produzir efeitos no processo escolhido em função da vontade do sujeito d sujeito que o pratica. São declarações unilaterais plurilaterais de vontade como capazes de construir; modificar e extinguir situações jurídicas processuais, ou alterar procedimento”.³²⁴

O primeiro pressuposto digno de referência é a manifestação de vontade, como requisito de existência. Após a sua exteriorização, passa-se a um segundo momento, quando será objeto de cognição a sua qualidade enquanto manifestação (validade), ou seja, se não ocorreram nenhuma das hipóteses previstas dos artigos 167 e 171, II do Código Civil brasileiro.³²⁵

O Fórum Permanente de Processualistas Civis aprovou o enunciado 403 que estabelece: “a validade do negócio jurídico processual requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma não prescrita em lei”.

As convenções processuais também exigem a forma escrita, visto que é uma característica inerente ao processo.³²⁶ O objeto da convenção é restrito a ônus, deveres, poderes e faculdades das partes, não possuindo nenhuma vinculação com as convenções que dizem respeito ao objeto litigioso do processo.

Ainda quanto ao objeto, esse deve ser lícito, ou seja, as alterações procedimentais, a negociação de ônus, poderes, deveres e faculdades processuais não podem ferir questões de ordem pública, direitos de terceiros, ou imposição e alteração de deveres ao órgão julgador.

³²⁴ CABRAL, Antônio Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018, p.52.

³²⁵ LUCCA, Rodrigo Ramina. Liberdade, autonomia e convenções processuais. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Grandes Temas do Novo CPC: Negócios Jurídicos Processuais**. v.II, Salvador: JusPODIVM, 2020, p.36.

³²⁶ YARSHEL, Flávio Luiz. Convenção das partes em processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antônio Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. Salvador: JusPODIVM, 2015, p.65.

Mas para além dos pressupostos gerais de validade da legislação civil, o Código de Processo (art.190) prevê pressupostos específicos, tais como: a) capacidade plena das partes; b) possibilidade de autocomposição dos direitos versados no processo; c) inexistência de imposição abusiva da convenção em contratos de adesão; e (d) a inexistência de vulnerabilidade de uma das partes.

À luz do enunciado textual do art. 190 do Código de Processo Civil as convenções processuais serão válidas em processos que versarem sobre direitos que admitam a auto composição. Nesse aspecto, o novel diploma não fez referência à disponibilidade do direito, permitindo que sejam celebradas convenções quando o processo tratar de tutela a direito indisponível.³²⁷

Tem-se que os negócios jurídicos processuais cujo objeto seja atenuar ou até mesmo destituir de eficácia os poderes instrutórios do juiz são inválidos, em razão da ilicitude do objeto. Esses poderes são deveres do juiz e instrumento do Estado para se buscar uma decisão mais próxima da realidade possível, ou seja, vão muito além da solução da controvérsia.³²⁸

Há um interesse maior da jurisdição quando concede poderes instrutórios ao juiz, tratando-os como deveres inclusive. Não se está diante de direito, ônus, faculdades e deveres das partes, mas sim, um dever relacionado ao órgão jurisdicional, indispensável pela prestação de tutela que seja justa e efetiva.³²⁹

Nesse tópico foram estabelecidos os principais critérios dogmáticos para o exercício dos poderes instrutórios conforme o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, pressupostos que são meramente exemplificativos, dada a riqueza e a diversificação dos litígios que se apresentam rotineiramente ao Poder Judiciário.

Ademais, a própria divisão dos critérios a partir dois principais valores fundamentais do formalismo processual (efetividade-segurança) representa uma tentativa teórica de se buscar um equacionamento da relação entre ambos em matéria dos poderes instrutórios, de maneira que se atinja uma adequada aplicação de tais poderes no Estado Democrático de Direito.

Conforme alertava, Calmom de Passos³³⁰: “a preocupação com a efetividade só será legítima se o que antecedeu à decisão também o for, se as garantias processuais foram

³²⁷ LUCA, 2020, p.36.

³²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). **Artigos 369 ao 380**. v.6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.145.

³²⁹ DOTTI, Rogéria; LUNARDI, Thaís A. Paschoal. Evidência Negociada e Poderes Instrutórios do Juiz. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, Wilian Santos (Coords.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**. 3.ed. rev. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018, p.819-829.

³³⁰ PASSOS, José Joaquim Calmom de. Cidadania e efetividade do processo. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**, Porto Alegre, v.1, n.1, set./out. 1999, p.35.

respeitadas, ao contrário a efetividade do injusto não pode se consagrar”. Em outras palavras não existe segurança sem efetividade, tampouco efetividade sem segurança.

4.3 OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ E O RESPEITO AO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA JURÍDICA

O estudo dos critérios para o exercício dos poderes instrutórios à luz do direito fundamental à segurança jurídica no processo decorrerão do redimensionamento do princípio da contraditório, alavancado pela adoção de um novo modelo de processo a partir da Constituição Federal de 1988, que restou denominado de modelo cooperativo.

Destaca-se que se elege o princípio do contraditório como o grande vetor desse tópico, uma vez por se tratar de direito fundamental que integra o conteúdo do direito ao processo justo, a segurança em suma, bem como possuir relação de essencialidade com o modelo cooperativo. Como foi referido nessa pesquisa, o direito ao processo justo é um direito de natureza processual que impõe deveres organizacionais ao Legislativo, ao Executivo e Judiciário.

Impõe aos juízes que interpretem e apliquem a legislação processual conforme o seu núcleo essencial, uma vez que é um meio para se atingir a justiça do caso. Advertiu-se também que o referido direito fundamental não possui um significado apriorístico, pois se apresenta como uma “roupagem” de cláusula geral, ou seja, é um termo indeterminado no seu suporte fático e sem previsão de consequências jurídicas em caso de sua violação.³³¹

Contudo, foi salientado que é inegável que, como qualquer direito fundamental, possui um núcleo essencial, ou seja, apresenta contornos mínimos que, quando presentes, permitem afirmar que se está diante de um processo justo. Este núcleo essencial pode ser encontrado inicialmente na Constituição no art. 5º, inciso LIV que estabelece que “ninguém será privado de sua liberdade e de seus bens sem o devido processo legal” e todos os corolários dele decorrentes, especialmente o princípio do contraditório descrito no art. 5, inciso LV. Todavia, modal mínimo do direito ao processo justo também é encontrado nas Normas Fundamentais do código processo civil, especialmente quando prevê o princípio do contraditório, em destaque no art. 7º: “É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e

³³¹ MITIDIERO, Daniel. **Direito ao Processo Justo**. Porto Alegre. Disponível em: <https://www.academia.edu/7231999/> direito fundamental ao processo justo | advogada cbm - Academia.edu. Acesso em: 12 jun. 2021.

faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório”.³³²

O princípio do contraditório adquire novos contornos no Estado Democrático de Direito, haja vista a instauração do modelo cooperativo de processo a partir das normas fundamentais, conforme o art. 6º do CPC: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.³³³

Em relação ao conteúdo jurídico do contraditório no processo civil contemporâneo, importante é o magistério do Luiz Alberto Reichelt³³⁴:

Descendo os olhos ao nível de detalhamento de garantias, é possível constatar que, na realidade processual civil contemporânea, o alcance do princípio do contraditório não pode ser reduzido a uma única máxima. Seu significado é composto, antes de tudo por um feixe de garantias que devem ser observadas ao longo do desenvolvimento da marcha do processo, envolvendo: a) o direito dos sujeitos processuais no debate processual; b) o direito à instauração de um diálogo entre os sujeitos processuais; c) o direito ao estabelecimento a qual é estabelecida com vistas à construção entre os sujeitos processuais, a qual é estabelecida com vistas à construção do provimento jurisdicional e d) direitos dos sujeitos processuais a não serem surpreendidas quando da prolação da decisão jurisdicional.

Assim, o princípio do contraditório deixa de ser mera ciência dos atos pelas partes, percepção puramente formal e típica da visão normativa-legalista do Estado Liberal Clássico, e transforma-se em norma que expressa o princípio democrático do Estado Democrático de Direito, marcado pela a mais ampla participação das partes e com redimensionamento do papel do juiz no processo.³³⁵

Assim, é notório que o conteúdo atual do contraditório assegura às partes, além do direito de ciência dos argumentos e teses, ou seja, de se manifestar em juízo, também garante o direito de influência, com todos os meios disponíveis e legítimos.

Nas palavras de Leonardo Faria Schenk³³⁶: “Viver o processo, na atualidade, significa mais do que ter sido simplesmente chamado a conhecer o que nele se passa, podendo a partir de então se manifestar”.

Observa-se, claramente, o abandono da visão estática do contraditório, sinônimo de bilateralidade da audiência, cuja exclusiva preocupação era de obter uma observância

³³² BRASIL. Planalto. **Lei nº 13.105 de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 dez. 2021.

³³³ Ibid.

³³⁴ REICHELDT, 2009, p.101.

³³⁵ OLIVEIRA, 2021 [recurso eletrônico].

³³⁶ SCHENK, Leonardo Faria. Contraditório e Cognição Sumária. **Revista Eletrônica de Direito Processual Civil**. – REDP, v. XIII. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Disponível em: <http://www.redp.com.br>. In.file:///C:/Users/usuar/Desktop/leonardo%20schenk.pdf. 08.01.2021. Acesso em: 28 de dezembro de 2021.

procedimental, logicamente organizada para o juiz, no sentido de realizar seu monólogo judicial. O contraditório no Estado Democrático de Direito impõe que o juiz provoque o debate sobre todas as questões que possam influenciar nos rumos da causa, evitando um processo com viés solitário.³³⁷

Trata-se de uma ferramenta de diálogo no sentido de aperfeiçoamento do provimento jurisdicional, de uma garantia e de uma legitimidade democrática. Igualmente se trata de uma percepção que impõe um comportamento cooperativo dos sujeitos processuais, através dos deveres de consulta, esclarecimento, auxílio e correção.³³⁸

Todavia, antes de se adentrar no estudo do princípio do contraditório como forma densificação do direito ao processo justo, ou seja, da segurança jurídica no processo, será realizada uma exposição dos modelos processuais mais conhecidos, representados pelos modelos inquisitivo e dispositivo, visto que assim como o modelo cooperativo, são sistemas que possuem relação direta com a distribuição do trabalho das partes e do juiz no processo.

Apresentadas as características dos modelos inquisitivos e dispositivo, será o abordado modelo cooperativo de processo instaurado pela Constituição Federal de 1988 e pelo código de processo civil, deixando clara a sua implicação na divisão funcional dos poderes do juiz, dos ônus, faculdades e deveres das partes, bem como em relação a sua direta repercussão no redimensionamento do princípio do contraditório, especialmente através dos deveres impostos ao juiz no exercício de seus poderes.

Desse modo, os critérios para o exercício dos poderes instrutórios do juiz à luz da segurança jurídica poderão ser resumidos na seguinte “equação geral”: a) Estado Democrático de Direito; b) modelo cooperativo de processo; c) o princípio do contraditório. Adverte-se que, diferentemente dos critérios estabelecidos a partir do direito fundamental à tutela efetiva, os critérios oriundos das premissas da segurança jurídica não terão como ênfase o seu aspecto procedimental, mas sim as linhas mestras do modelo cooperativo do processo.

Dando início ao último tópico dessa pesquisa, registra-se que ao longo desse estudo restou demonstrado que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adotou o Estado Constitucional Democrático de Direito (art.1º, CF), dentre os tipos de Estados Constitucionais historicamente conhecidos.

³³⁷ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; HORTA, André Frederico; et al. Contraditório como Garantia de Influência e não Surpresa no CPC-2015. In: DIDIER, Fredi; NUNES, Dierle FREIRE, Alexandre (Coords.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**. Normas Fundamentais. v.8. Salvador: JusPODIVM, 2016, p.224.

³³⁸ Ibid., 2016, p.218-224.

Foi visto ainda que na Constituição o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos principais fundamentos deste modelo de Estado (art.1º, III, CF 1988), e que serve de vetor diretivo para que se construa uma sociedade livre, justa e solidária (art.3, III, CF). Por esta razão que a sociedade brasileira passa ser caracterizada como organização social fundada na solidariedade e na cooperação, onde todos cooperam em prol dos mesmos objetivos.³³⁹

Assim, a nossa organização política visa construir uma sociedade cooperativa, com duas marcas essenciais: a) submissão do Estado ao Direito; b) e a participação social na sua gestão.³⁴⁰ Tais características imprimidas pela sociedade no Estado influenciam todos os ramos do direito, especialmente o direito processual e em particular o processo em sua divisão funcional.

A moldura formatada pela Constituição estabelece um modelo cooperativo de processo, que representa uma superação dos modelos inquisitivo e dispositivo já amplamente conhecidos. Tal estruturação influencia diretamente a divisão do trabalho entre as partes e o juiz na dinâmica processual, razão pela qual é onde se deve situar o estudo dos poderes do juiz, especialmente os instrutórios.³⁴¹

Como referido, o modelo cooperativo representa uma evolução de dois sistemas, o inquisitivo e o dispositivo que são tradicionalmente conhecidos desde o século XIX.³⁴² Tais modelos, assim como modelo cooperativo, são responsáveis pela configuração de como ocorrerá a divisão entre os poderes do juiz, ônus, faculdades e deveres das partes na relação processual.

No modelo inquisitivo puro o juiz possui poderes instrutórios, de gerenciamento processual, e numa visão mais extremada, até o poder de instaurar de ofício a demanda e delimitar o mérito.³⁴³

Visando lançar maiores luzes sobre as características dos modelos dispositivo e inquisitivo, oportuno é o magistério de Rodrigo Ramina de Luca³⁴⁴:

³³⁹ NUNES; BAHIA; HORTA; et al., 2016, p.53.

³⁴⁰ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: do modelo ao princípio. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.57-89.

³⁴¹ RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a Prova de Ofício na Prespectiva do Garantismo Processual. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato et al. (Coord). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: JusPODIVM, 2013, p.256.

³⁴² Ibid.

³⁴³ Ibid., p.19-22

³⁴⁴ LUCCA, Rodrigo Ramina de. Disponibilidade Processual: a liberdade das partes no processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (Coord.). **Coleção Liebman**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.29-30.

Embora seja muito difícil definir com objetividade cada um desses modelos, pois podem ser concebidos com diferentes variações de extensão e intensidade, ambos se referem à divisão dos poderes e atribuições entre as partes e o juiz na formação, no desenvolvimento e na conclusão do processo [...]. Inquirir vem do latim *inquirere*, que significa pesquisar, investigar. A inquisitivo foi uma criação da carolíngia pela qual os agentes reais interrogavam os habitantes de uma área a respeito da ocorrência de determinados fatos. Com o tempo, a expressão inquisidor passou a ser utilizada para denominar o juiz que assume uma posição ativa de investigador para a descoberta da verdade dos fatos. Amplitude deste papel investigatória varia de acordo com cada sistema. Partindo-se de um tipo ideal, o juiz tem poderes instrutórios, tem poderes de gerenciamento processual, deve zelar para que o resultado do processo não seja afetado por desvios comportamentais das partes e, no extremo, pode até mesmo instaurar processo de ofício e definir o seu mérito. O processo inquisitivo é um processo assimétrico, pois coloca o juiz em posição de superioridade em relação às partes. O modelo dispositivo por sua vez, parte de duas premissas: (i) ninguém além das partes sabe o que melhor para si, motivo pelo qual o processo, envolvendo interesses particulares, deve ser regido pela autonomia privada; (ii) o julgador não pode dar início ao processo nem participar da investigação dos fatos, sob pena de contaminar a sua imparcialidade e comprometer-se com determinada opinião ou tese [...] (grifo nosso).

Percebe-se da lição doutrinária que, no lado oposto ao modelo inquisitivo, fala-se em um modelo dispositivo cujo fundamento é o princípio dispositivo, enquanto que o modelo inquisitivo fundamenta-se no princípio inquisitivo. A diferença entre tais princípios possui direta relação com a atribuição de poderes ao juiz, pois sempre que dado ordenamento jurídico conceder um poder ao magistrado, haverá uma manifestação do princípio inquisitivo.

Assim, a dispositividade e a inquisitividade podem se manifestar em vários pontos: a) em relação à instauração do processo; b) produção de prova; c) delimitação do objeto litigioso; d) análise das questões de fato e de direito, etc.³⁴⁵

A dispositividade, por sua vez se manifesta sempre que indivíduo exerça a sua liberdade, ou seja, a autonomia privada no processo. Traduz-se no necessário respeito da preservação da liberdade individual no âmbito processual. No entanto, a sua compreensão não é pacífica, variando quanto a sua extensão.³⁴⁶ Existem algumas concepções mais importantes sobre princípio dispositivo, sendo a primeira compreensão aquela em que as partes teriam total liberdade, não somente em relação aos aspectos referentes à instauração do processo, mas também em sua condução.³⁴⁷

A segunda corrente define o princípio dispositivo como monopólio das partes na introdução da matéria litigiosa, compreendendo tanto a disponibilidade da demanda quanto dos

³⁴⁵ RAMOS, 2013, p.256.

³⁴⁶ LUCCA, 2019, p.29-30.

³⁴⁷ Ibid., p.32-33.

fatos e as provas. A terceira corrente faz uma separação entre a liberdade das partes para instauração da demanda, delimitação do objeto litigioso e condução do processo.³⁴⁸

No Brasil, por exemplo, refere-se ao princípio da demanda que se refere a liberdade do jurisdicionado demandar a tutela jurisdicional, inércia da jurisdição e o princípio dispositivo que se refere à titularidade na condução do processo, relacionando-se com a divisão funcional de poderes do juiz a atribuições das partes do processo.³⁴⁹

O modelo dispositivo parte de duas premissas: a) que as partes sabem gerir melhor seus interesses no âmbito processual; b) que o julgador não pode iniciar o processo tampouco participar a investigação dos fatos da causa.³⁵⁰ Ocorre que a mesma legislação pode trabalhar com ambos os princípios, de maneira que não existe um ordenamento jurídico que seja puro, logo o que se pode avaliar é a preponderância de uma modelo sobre o outro.³⁵¹

Por sua vez, a adoção do modelo cooperativo de processo acaba tal identificação, pois conserva os traços do modelo inquisitivo e dispositivo, conservando as partes e o juiz os seus papéis. Contudo, o modelo cooperativo organiza essa relação, que deixa de ser isonômica-simétrica (modelo dispositivo), ou assimétrica que existia no modelo inquisitivo, para ter um forte equilíbrio, transformando-o numa verdadeira comunidade de trabalho.³⁵²

O juiz no processo cooperativo será isonômico na condução do processo e assimétrico quando na decisão, ou seja, paritário no diálogo e assimétrico no momento de decidir, cujo estudo será retomando logo adiante nesse tópico.³⁵³ O juiz mantém a isonomia na sua relação com as partes embora dirija o processo ativamente, todavia o faz em constante diálogo, colhendo as suas impressões, viabilizando que participem ativamente na formação de sua convicção.³⁵⁴

Observa-se que toda a condução do processo é realizada com a absoluta observância do contraditório, inclusive em relação ao juiz, que é um dos sujeitos do processo. Percebe-se que o juiz impulsiona o processo, mas de forma isonômica, cooperando com as partes, cuja atuação deve estar marcada pelos seguintes deveres: a) esclarecimento; b) auxílio; c) debate; e d) prevenção.³⁵⁵

Pelo dever de esclarecimento deve se entender a obrigação do juiz esclarecer junto às partes quanto às eventuais dúvidas sobre suas alegações, seus pedidos e posições. Por dever de

³⁴⁸ LUCCA, 2019, p.32-33.

³⁴⁹ Ibid.

³⁵⁰ Ibid.

³⁵¹ MOREIRA, 2021 [recurso eletrônico].

³⁵² MITIDIERO, 2019, p.57-89.

³⁵³ Ibid., p.64-65.

³⁵⁴ Ibid., p.69.

³⁵⁵ Ibid.

debate, deve se entender pela obrigação do juiz de dialogar com as partes antes de proferir qualquer decisão, possibilitando que exerçam o seu direito de influência.

Por dever de auxílio, entende-se pela obrigação que o juiz possui de auxiliar as partes na superação de qualquer impedimento, que não seja imputado a elas, que dificulte no exercício de deveres, ônus e faculdades processuais.

O modelo cooperativo de processo acaba por representar um redimensionamento do princípio do contraditório, colocando o órgão jurisdicional no rol dos sujeitos processuais, fazendo com que tal princípio seja indispensável para o aprimoramento da decisão judicial.

Piero Clamandrei³⁵⁶ ao lecionar sobre a importância da dialética processual sintetizou com maestria o que está sendo exposto:

No processo moderno, aquele que responde os princípios constitucionais dos ordenamentos democráticos modernos, as duas partes são sempre indispensáveis. O princípio fundamental do processo, a sua força motriz, a sua garantia suprema, é o princípio do contraditório.

O modelo cooperativo exalta o princípio do contraditório e é sem dúvida o modal mais adequado a uma democracia, visto que afasta qualquer protagonismo dos sujeitos processuais, colocando o diálogo em primeiro plano para construção de um provimento jurisdicional qualificado:

Ainda mais que o monólogo pouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constringe à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado. A faculdade concedida aos litigantes de pronunciar-se e intervir ativamente no processo impede, outrossim, sujeitem-se passivamente à definição jurídica ou fáctica da causa efetuada pelo órgão judicial.³⁵⁷

A partir do que foi exposto, quais são os critérios dogmáticos para o exercício dos poderes instrutórios à luz a segurança jurídica? Conforme as premissas expostas alhures, os critérios passam pelo crivo do contraditório, sistematizado tecnicamente a partir dos deveres de: a) esclarecimento; b) auxílio; c) debate; d) prevenção.³⁵⁸

Partindo dos deveres oriundos do modelo cooperativo é possível apontar os critérios específicos para o exercício da iniciativa probatória do juiz à luz da segurança jurídica. Por exemplo, em razão do dever de debate, impõe-se ao juiz que consulte previamente as partes,

³⁵⁶ CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia**. Trad. Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p.83.

³⁵⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **A Garantia do Contraditório**. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A.%20A.%20de%20Oliveira%20-%20formatado.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021.

³⁵⁸ MOREIRA, 2021 [recurso eletrônico].

alertando-as de eventual insuficiência de suas provas, também sobre a inviabilidade da redução do módulo da prova ou da própria impossibilidade da dinamização dos encargos probatórios.³⁵⁹

Igualmente, impõem-se órgão julgante que indique sobre quais fatos a deficiência probatória está incidindo. O mesmo ocorre na hipótese de não existir outras provas a serem produzidas e se não for o caso de dinamização dos encargos probatórios. Tais condutas do juiz permitirão aos litigantes a plena ciência dos rumos que o processo tomará em relação à insuficiência da prova, sobre o standard probatório adotado, sobre a possibilidade de redução do módulo da prova, e acima de tudo, sobre o exercício dos seus poderes instrutórios.

Ainda em relação ao dever debate, deve-se garantir às partes a mais ampla participação no controle de legalidade da determinação da prova de ofício, especialmente sobre o momento de sua determinação, sobre meio de prova escolhido, sobre os seus pressupostos de admissibilidade.

Por sua vez o dever de prevenção implica no direito das partes serem advertidas no sentido de que sua participação na produção da prova não está sendo efetiva, de os meios escolhidos podem não serem os mais idôneos para a prova de suas narrativas, ou seja, todo e qualquer comportamento que possa ensejar o uso dos poderes instrutórios. Por exemplo, quando uma das partes deixa de apresentar quesitos à perícia determinada, ou deixa de questionar sob pontos relevantes sobre o depoimento da testemunha, ou deixa de juntar documento relevante.

Por fim, outro ponto chave para o êxito de todos os critérios mencionados, é justamente a observância do dever de fundamentação das decisões judiciais. O dever de motivar a decisão que determina a produção da prova de ofício é instrumental em relação aos demais critérios apontados. Portanto, de nada adianta as partes participarem através de suas alegações, argumentos, fundamentos e provas, se o órgão julgador simplesmente ignorar todo o caminho percorrido, ou seja, transformar o processo dialético, permeado pelo debate, em um monólogo solitário na decisão.

É especialmente na decisão judicial que o órgão jurisdicional demonstra o seu respeito ao contraditório como direito de influência, instante que dá satisfação às e para a sociedade que o debate não foi meramente formal.

Michele Taruffo³⁶⁰ aponta os elementos mínimos que precisam estar presentes em uma motivação. a) afirmação das escolhas realizadas pelo juiz a respeito da: individualização das normas aplicáveis, verificação dos fatos, qualificação jurídica do caso concreto, consequências jurídicas daí derivadas; b) contexto dos nexos de implicação e coerência entre os enunciados, e

³⁵⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. 2.ed. rev. e atual. v.1. São Paulo: Atlas, 2012, p.81.

³⁶⁰ TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil**. Tradução: Vitor de Paula Ramos; Daniel Mitidiero e Rafael Abreu. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p.387.

a justificação de cada um dos enunciados a partir dos critérios de juízo segundo os quais as escolhas do juiz parecem racionalmente corretas.

Daniel Mitidiero e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira³⁶¹ apontam os elementos mínimos que precisam estar presentes em uma motivação, conforme segue:

- a) enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial:
 - individualização das normas aplicáveis;
 - acertamento das alegações de fato;
 - qualificação jurídica do suporte fático;
 - consequências jurídicas da qualificação jurídica do fato;
- b) contextos denexo de implicação e coerência entre tais enunciados;
- c) justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz ter sido racionalmente correta.

Sendo o caso de iniciativa probatória de ofício, após ao exercício o dever de debate, terá o órgão julgante a obrigação de externar em sua decisão o que segue: a) as provas requeridas pelas partes; b) a admissibilidade ou não dos meios requeridos; c) standard probatório utilizado; d) os motivos pelos quais as provas requeridas não podem ser admitidas; e) a inexistência dos requisitos para a aplicação da carga dinâmica da prova; f) caso produzidas as provas, o motivo pelo qual são insuficientes; g) externar o meio de prova escolhido, a sua pertinência, a sua relevância e a sua incidência sobre fatos controvertidos; h) a indicação precisa do fato que será objeto de prova.

Em suma, a decisão proferida pelo juiz pela produção de prova de ofício, deve atender a uma fundamentação analítica, vinculada aos argumentos analíticos fornecidos pelas partes em debate prévio. A fundamentação terá um conteúdo no sentido de demonstrar que o direito à tutela jurisdicional efetiva e à segurança jurídica foram atendidos.

A partir das considerações realizadas, resta evidente que o elemento garantidor da segurança jurídica no exercício dos poderes instrutórios do juiz possui relação direta e proporcional com os deveres decorrentes do modelo cooperativo de processo e, que, por sua vez, guardam estreita relação temática com o princípio do contraditório no Estado Democrático de Direito e dever fundamentação das decisões judiciais.

³⁶¹ MITIDIERO; OLIVEIRA, 2012, p.48.

5 CONCLUSÃO

Em poucas páginas foi possível desenvolver um aprofundamento sobre os poderes instrutórios do juiz no direito processual civil brasileiro. Buscou-se identificar os critérios dogmáticos para a sua aplicação à luz dos preceitos do Estado Democrático de Direito.

A partir da premissa de que o processo é um produto da cultura do homem, e que a própria Constituição é uma manifestação cultural foram estudados os poderes do juiz, especialmente os instrutórios. Nesse aspecto, defendeu-se, conforme o modelo de Estado existente, há um modelo de processo e há um modelo de juiz. Em razão desse marco teórico, no primeiro capítulo foi explicada a relação existente entre o modelo de organização política e processo, bem como a sua devida repercussão nos poderes do juiz e nos ônus, deveres e faculdades das partes.

Para tanto, ainda no capítulo introdutório foram feitas considerações sobre as características de cada modelo de Estado conhecido, a partir das quais demonstrou-se a sua relação de implicação com os poderes instrutórios do juiz. Restou esclarecido que o primeiro modelo de Estado foi chamado de Estado Constitucional Liberal; o segundo de Estado Constitucional Social; e o terceiro de Estado Constitucional Democrático de Direito. E, em cada um deles o juiz teve ora maiores poderes, ora menores poderes na direção e condução do processo.

No Estado Constitucional Liberal em razão da influência da doutrina liberal, o juiz tinha menores poderes, tendo as partes um maior protagonismo. Em tal período, o juiz era um aplicador mecânico da legislação, vez que, havia uma concepção de supremacia da lei.

Em razão de diversos fatores, especialmente pela necessidade de intervenção Estatal na economia, na busca pela redução das desigualdades sociais e na concretização da segunda geração de direitos fundamentais, houve uma mudança gradual do Estado Constitucional Liberal para o Estado Constitucional Social, o que resultou num incremento dos poderes do juiz, visto que como agente estatal também se tornou responsável pela efetivação da nova geração de direitos fundamentais.

No entanto, como o Estado Constitucional Social trouxe consigo uma ganha de direitos promocionais, todavia não garantia a sua efetividade, visto que veio desacompanhado de mudanças profundas nas instituições. A ausência de uma efetiva participação dos cidadãos na gestão pública e nas manifestações de Poder do Estado, foi fatos inibidor da conquista e efetivação dos direitos promocionais.

Foi nesse cenário que surgiu o Estado Democrático de Direito, modelo que preservou as conquistas do Estado Constitucional Liberal e do Estado Constitucional Social, mas que agregou o princípio democrático como direito de quarta geração, garantindo ao cidadão a mais ampla participação nas manifestações do Poder do Estado, aperfeiçoando as funções estatais e as decisões tomadas por seus agentes.

O princípio democrático também se tornou um poderoso instrumento para os direitos individuais, ou seja, a participação não somente trouxe maior efetividade dos direitos promocionais, mas também serviu como garantia às liberdades individuais, visto que a todos os possíveis afetados por uma decisão do Estado é garantido o direito de influenciá-la, o que indubitavelmente protege também a sua esfera individual.

No Brasil, com advento de Constituição Federal de 1988, foi adotado expressamente o Estado Constitucional de Direito Democrático. A Constituição ao adotar tal modelo de Estado, garante, no que se refere à função jurisdicional, a participação das partes pelo processo no sentido de participar da formação da decisão que potencialmente venha interferir em suas esferas jurídicas, o que redimensionou o princípio do contraditório.

Mas não foi somente isso, o Estado Democrático de Direito ao preservar as conquistas dos modelos anteriores, deu novos contornos à função jurisdicional, do processo, bem como manteve o papel ativo dos juízes na concretização dos direitos fundamentais. No Estado Democrático de Direito, a função da jurisdição é a tutela de direitos e a formação de precedentes, razão pela qual, o juiz tem um papel mais ativo na relação processual, por vezes dotado de diversos poderes, especialmente os instrutórios, que denotam o exercício de uma função jurisdicional comprometida com a prestação de uma tutela jurisdicional, que seja efetiva, porquanto representa uma técnica processual para a viabilização de decisões baseadas na verdade.

Todavia, a efetividade deve ser virtuosa, fundamentada no respeito ao processo justo, à segurança, em suma, evitando que garantias processuais fundamentais sejam limitadas indevidamente. A partir dessas considerações, surgiu o grande desafio de equacionar os dois grandes valores do formalismo processual contemporâneo, a efetividade e a segurança jurídica. Assim, a proposta dessa pesquisa foi de buscar uma harmonização entre o papel mais ativo do juiz na relação processual, especialmente na produção de provas de ofício, sem que isso signifique violação a direitos processuais fundamentais processuais do jurisdicionado.

Todas as considerações acima citadas foram realizadas no primeiro capítulo, permitindo, dessa forma, o avanço da pesquisa para o segundo que teve como propósito preparar o leitor para o enfrentamento do tema no terceiro capítulo. Assim, no segundo capítulo foi trabalhado diversos aspectos teóricos de direito probatório, viabilizando a compreensão para a

conquista dos objetivos desse estudo, ou seja, a identificação de critérios dogmáticos para o exercício dos poderes instrutórios do juiz descritos no artigo 370 do código de processo civil. Tais pressupostos foram fixados à luz do direito fundamental à segurança jurídica e do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Os critérios relacionados ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva foram sintetizados à luz da fase de conhecimento do procedimento comum, bem como legando em consideração os estágios da fase de conhecimento.

Restou esclarecido que ao juiz na fase de organização e saneamento deve, sempre em constante diálogo com as partes, adotar as seguintes medidas antes de adentrar no uso dos poderes: a) necessidade de externar *standard* probatório do qual se valerá para analisar o grau de suficiência probatória; b) avaliar se o fato pode ser total ou parcialmente descoberto, visto que pode ser hipótese de redução do módulo da prova; c) após avaliar a natureza do fato, verificar as condições da parte inicialmente onerada, para verificar se não existe possibilidade da dinamização dos encargos probatórios; d) no caso de inadmissão da prova pleiteada pela parte e estando em dúvida deverá o juiz se valer dos poderes instrutórios; e) os poderes instrutórios deverão incidir sobre fatos controvertidos, relevantes e pertinentes. Se a prova foi admitida, somente pode se valer dos poderes instrutórios após a sua produção; f) a prova determinada de ofício deverá incidir sobre fato específico, devidamente delimitado pelas partes no processo, sendo vedado ao juiz a investigação de fatos não debatidos na lide, desvinculados da ação e da defesa; g) prova determinada pelo juízo não deve recair sobre a totalidade do *Thema Probandum*, mas sobre pontos não esclarecidos pelas provas já produzidas, não admitidas ou omitidas pelas partes, ou seja, a prova de ofício atua sobre a deficiência probatória, sobre a sua qualidade;³⁶² h) os poderes instrutórios não se destinam a reequilibrar a relação processual no que se refere ao ônus da prova. Em caso de dificuldade de acesso aos meios de prova por uma das partes deverá o juiz aplicar a carga dinâmica da prova, caso contrário deixará totalmente sem sentido a recente previsão do código de processo civil. Somente se não existirem os pressupostos para a aplicação da carga dinâmica da prova, bem como havendo dúvida por parte do juiz, eventuais provas poderão ser determinadas de ofício; i) o exercício dos poderes instrutórios nas relações de consumo deve ser exercitado em harmonia com os princípios que integram a relação consumerista, ou seja, não deve gerar desequilíbrio na relação processual; j) os poderes instrutórios são autônomos e independentes aos atos de disposição das partes. A

³⁶² XAVIER, 2012, p.56-58.

sua autonomia impõe que seja abordado, mesmo que singelamente, a temática dos poderes instrutórios em matéria probatória.

Fixados os critérios relacionados à efetividade da tutela jurisdicional foram fixados os demais pressupostos, mas em relação à segurança jurídica.

Inicialmente foi esclarecido que o tema relacionado à segurança jurídica possui um critério geral que parte da estrita obediência ao princípio do contraditório, especialmente aos deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio. Após, foi deixado claro que a par da existência de um critério geral, também existiriam alguns critérios específicos, os quais foram fixados da seguinte maneira: a) imposição ao juiz que consulte, previamente, as partes sobre a suficiência de suas provas, sobre a inviabilidade da redução do módulo da prova ou da própria dinamização dos encargos probatórios; b) ainda sobre o dever de esclarecimento, o juiz deve esclarecer, sobre quais fatos a deficiência probatória recai, e que em caso de não existir outra prova a ser produzida, tampouco ser a hipótese de dinamização determinará a produção de determinado meio de prova; c) em relação ao dever de debate, deve o juiz garantir, além da consulta prévia das partes sobre a necessidade de produção da prova de ofício, também deve possibilitar a mais ampla participação no controle de sua legalidade, sobre o momento de sua determinação, sobre meio de prova escolhido, sobre os seus pressupostos de admissibilidade; d) em relação ao dever de prevenção, o órgão jurisdicional deve advertir as partes quando a sua participação na produção da prova não está sendo efetiva, ou seja, que a sua omissão possa lhe causar prejuízos. Por exemplo, uma das partes deixa de apresentar quesitos à perícia determinada, ou deixa de questionar sob pontos relevantes sobre o depoimento de dada testemunha, ou deixa de juntar documento relevante; e) por fim, ponto chave para o êxito de todos os critérios mencionados, é justamente a observância do dever de fundamentação das decisões judiciais, art. 93, IX, da CF. O dever de motivar a decisão além de pressuposto para o exercício dos poderes instrutórios, é instrumental em relação aos demais critérios apontados.

Em relação ao dever de motivação, foram estabelecidos o conteúdo mínimo da fundamentação da decisão que determina a produção de prova de ofício, sintetizada nos seguintes deveres: a) as provas requeridas pelas partes; b) a admissibilidade ou não dos meios requeridos; c) standard probatório utilizado; c) os motivos pelos quais as provas requeridas não são hábeis; d) a inexistência dos requisitos para a aplicação da carga dinâmica da prova; d) caso produzidas as provas, o porquê são insuficientes; f) externar o meio de prova escolhido a sua pertinência, a relevância e a sua incidência sobre fatos controvertidos; g) a indicação precisa do fato que será objeto de prova.

Embora o tema dos poderes instrutórios seja cercado de muitas controvérsias, o objetivo desse estudo foi atingido, visto que foram apontados critérios ou pressupostos legítimos para seu exercício no Estado Democrático de Direito, especialmente a partir dos dois maiores valores do formalismo processual, ou seja, a partir da efetividade e da segurança jurídica.

É evidente que tais contornos dogmáticos não são imunes de críticas, visto que impossível imaginar toda a diversidade de ocorrências em dada relação processual, contudo tais critérios já servirão de norte para que novos debates venham contribuir para o enriquecimento do tema.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **O Conceito e a Natureza do Direito**. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- _____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5.ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2016.
- ALVIM NETO, José Manuel de Arruda. O papel do juiz no direito probatório: apontamentos sobre os poderes instrutórios, distribuição do ônus da prova e a preclusão pro judicato. **Revista Internacional da Academia Paulista**, n.5, Nova Série, 2020. Disponível em: <https://apd.org.br/o-papel-do-juiz-no-direito-probatorio-apontamentos-sobre-os-poderes-instrutorios-a-distribuicao-do-onus-da-prova-e-a-preclusao-pro-judicato/>. Acesso em: 27 dez. 2021.
- ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- ALVIM, J. E Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial e Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. **Cumprimento e Execução de sentença sob a ótica do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (Coord). **Coleção Liebman**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.46.
- ANDRADE, Odilon. Os poderes do juiz no processo civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n.84, p.3-14, out.1940.
- AROCA, Juan Montero. Prova e Verdade no Processo Civil-Contributo para o Esclarecimento da Base Ideológica de Certas Posições Pretensamente Técnicas. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato et al. (Coord). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. p.505.
- _____. Prova e Verdade no Processo Civil-contributo para o esclarecimento da base ideológica de certas posições pretensamente técnicas. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato et al. (Coord). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: JusPODIVM, 2013, p.501-524.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 4 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao código de processo civil**. Arts. 1 a 153, 7.ed, rev e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo**. 4.ed. São Paulo: Saraiva: 2013.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Juiz, Processo e Justiça. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato et al. (Coord). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: JusPODIVM, 2013, p.131.

_____. **Poderes Instrutórios do juiz**. 6.ed. rev. atual. e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BENTRÀN, Jordi Ferrer. Prova e Verdade no Direito. Trad. Vitor de Paula Ramos. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). **Coleção o Novo Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.72.

BOAVENTURA, Luiz Eduardo Pacífico. **O Ônus da Prova**. 2.ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. São Paulo: Edipro, 2017a

_____. **Jusnaturalismo e Positivismo Jurídico**. São Paulo: Unesp, 2016.

_____. **Liberalismo e Democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Edipro, 2017b.

_____. **Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Câmara de Deputados. **Decreto nº 737 de 1850**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-737-25-novembro-1850-560162-publicacaooriginal-82786-pe.html>. Acesso em: 20 dez. 2021.

_____. Planalto. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 23 ago. 2021.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 23 out. 2021.

_____. Planalto. **Lei nº 5.869 de 1973**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm. Acesso em: 20 de novembro de 2021.

_____. Senado Federal. **Lei nº 13.105 de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 23 dez. 2021.

_____. Senado Federal. **Ordenações e Leis do Reino de Portugal**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em: 20 dez. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AResp 569.565/RS**, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 10/03/2015. DJe 18/03/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/processo/revista>. Acesso em: 20 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AResp 622.786/MG**, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 18/12/2014. DJe 03/02/2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/processo/revista>. Acesso em: 20/ out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo nº 0271, de 12.12.2005**. Disponível em: [https:// processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/](https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/). Acesso em: 2 dez. 2021.

CABRAL, Antônio Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes Instrutórios do Juiz no processo de conhecimento. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petronio (Coord.). **Coleção Andrea Proto Pisani**. v.1. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p.56-58.

_____. Poderes Instrutórios do Juiz no processo de conhecimento. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petronio (Coord.). **Coleção Andrea Proto Pisani**. v.1. Brasília: Gazeta Jurídica, 2012, p.56-58.

CAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Direito Processual Civil**: teoria geral do processo, processo de conhecimento e recursos. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CALAMANDREI, Piero. **Processo e Democracia**. Trad. Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

CALMOM, José Joaquim de Passos. Cidadania e Efetividade do Processo. **Revista Síntese de Direito Civil e Direito Processual Civil**, Porto Alegre, v.1, n.1, set-out. 2019.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Poderes Instrutórios do Juiz e Processo Civil Democrático. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato et al. (Coord). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: JusPODIVM, 2013, p.66-68.

CAMBI, Eduardo. **Curso de Direito Probatório**. Curitiba: Juruá, 2014.

CAPELLETTI, Mauro. **La oralidade y las pruebas em processo civil**. Traducción de Santiado Sentis Melendo, Buenos Aires: EJE, 1972.

_____; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. São Paulo: Pillares, 2015.

CARPES, Arthur. Apontamentos sobre a Inversão do ônus da Prova e a Garantido Contraditório. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). **Prova Judiciária**. Estudos sobre Direito Probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.33.

CASTRO, Daniel Penteadó. **Poderes Instrutórios do Juiz**: fundamentos, interpretação e dinâmica. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHASE, Oscar G. **Direito, Cultura e Ritual**: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Trad: Sérgio Arenhart, Gustavo Osna. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CHIASSONI, Perluigi. **Técnica da Interpretação Jurídica**. Trad. Daniel Mitidiero, Otávio Domit, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. III. São Paulo: Saraiva, 1969.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil**: arts.332 a 475, v.IV. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Conrado; TARUFFO, Michele. **Lezione Sul Processo Civile**. Imprenta: Bologna, Il Mulino, 2011. ISBN: 9788815138989, 9788815138996.

DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio. Distribuição Dinâmica dos Encargos Probatórios. **Revista Jurídica**, fev. 2001. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br>. Acesso em: 26 jun. 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução do direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18.ed. rev. atual e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2016.

_____. **Curso de Processo Civil**. Salvador: JusPODIVM, 2013.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandrina de. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Instituições de direito processual civil**. v. III. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. III. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. O Futuro do Processo Civil, **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 92, v.336, p.44 out./dez. 1996.

_____. **Reflexões entre Direito e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.432, out. 1971.

_____. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

DÓRIO, Rodrigo. Notas sobre as disposições sobre prova no Novo CPC. Direito Probatório. 3.ed. rev. ampl. atual. In: JOBIM, Marco Felix; FERREIRA, William Santos (Coord.). **Coleção Grandes temas do Novo CPC**. 3.ed. rev. e ampl. v.5. Salvador: JusPODIVM, 2018, p. 213.

DOTTI, Rogéria; LUNARDI, Thaís A. Paschoal. Evidência Negociada e Poderes Instrutórios do Juiz. In: JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, Wilian Santos (Coords.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**. 3.ed. rev. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2018, p.819-829.

ECHANDÍA, Hernando Devis. **Teoria Geral da Prueba Judicial**. T. 1. 6.ed. Buenos Aires: Victor P. Zavalía S.A., 1988a.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Ensaio de Direito Processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FRYDMAN, Benoit. **O Fim do Estado de Direito: governar por *standards* e indicadores**. Trad. Maria Beatriz Krug. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 18.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil brasileiro**. 17. ed. v.I. São Paulo: Saraiva, 2017.

GUAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O Livre Convencimento não acabou no novo CPC**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc-06042015>. Acesso em: 8 jan. 2021.

GUASTINI, Ricardo. **Interpretar e Argumentar**. Belo Horizonte: D'plácido, 2020.

HART, H.L.A. **O Conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ITÁLIA. **Altalex**. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2014/12/04/del-procedimento-davanti-al-tribunale-dell-istruzione-della-causa>. Acesso em: 23 dez. 2021.

JOBIM, Marco Félix. **As Funções da Eficiência no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

_____. **Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. **Teoria, história e processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

JUNOY, Joan Picó I. **Juiz e a Prova: estudo da errônea recepção do brocardo *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e a sua repercussão atual**. Trad. Darci Guimarães Ribeiro. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KNIJNIK, Danilo. **A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. As (perigosíssimas) doutrinas do “ônus dinâmico da prova” e da “situação de senso” comum como instrumentos para assegurar acesso à justiça e superar a probatio diabólica. In: NERY JUNIOR, Nelson; LUX, Luiz; WAMBIER, Teresa; ARRUDA Alvim (Coords.). **Processo e Constituição**. São Paulo: RT, 2006. p.947-948.

LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. 3. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 5.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição**. 2. ed. Campinas: Minelli, 2005.

LEITE, Glauco Salomão. **Juristocracia e Constitucionalismo Democrático**: ativismo judicial e diálogo constitucional. 1.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. v.1. Tocantins: Intelectus, 2003.

LIMA, Alcides Mendonça. “O princípio da Proibição no direito Processual Civil brasileiro”. In: **Repro**, São Paulo, n. 16, 1979.

LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. 2.ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **A Prova no Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOURENÇO, Haroldo. **Neoprocessualismo, Formalismo Valorativo e suas Influências no Novo CPC**. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br>. Academia Brasileira de Processo Civil. Acesso em: 10 jun. 2021.

LUCA, Rodrigo Ramina de. Liberdade, Autonomia e Convenções processuais. In: CABRAL, Antônio Passos; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Jurídicos Processuais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC**. DIDIER JR., Fredi (Coord. Geral). Tomo 1. Salvador: JusPODIVM, 2020, p.36.

_____. Disponibilidade Processual: a liberdade das partes no processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (Coord.). **Coleção Liebman**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p.29-30.

_____; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (Coord.). **Disponibilidade Processual**: a liberdade das partes no processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. 3.ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Técnica Processual e Tutela de Direitos**. 3 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e Convicção**. 3.ed. ver. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; _____. MITIDIERO, Daniel (Coord.). **Artigos 369 ao 380**. v.6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; _____. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria do processo civil. v.1. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2017.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. A Iniciativa Probatória do Juiz e o princípio do Contraditório no Processo Civil. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Coord.). **Prova Cível** Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.127.

MAXIMILLIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MEDINA, José Miguel. **Prequestionamento, Repercussão Geral da Questão Constitucional, Relevância da Questão Federal**: admissibilidade, processamento e julgamento dos recursos extraordinário e especial. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 8.ed. rev. e atual. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo IV. 3.ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MISES, Ludwig Von. **Crítica ao Intervencionismo**: estudo sobre a política econômica e as ideologias atuais. 3.ed. rev. ampl. São Paulo: LVM, 2019.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. A Tutela de Direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional, **Revista de Processo**, v.229, mar. 2014.

_____. **Colaboração no Processo Civil**: do modelo ao princípio. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

_____. **Direito ao Processo Justo**. Porto Alegre. Disponível em: https://www.academia.edu/7231999/direito_fundamental_ao_processo_justo_|_advogada_cbm_-_Academia.edu. Acesso em: 12 jun. 2021.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo Civil**. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Efetividade e Técnica Processual**. Disponível em: <http://ablj.org.br/revistas/revista7/revista7%20JOSE%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA%20-%20Efetividade%20do%20Processo%20e%20tecnica%20processual.pdf>. Acesso em: 20 set. 2021.

_____. **Julgamento e ônus da Prova**. Temas de Direito Processual Civil - Segunda Série. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. **Neoprivatismo no Processo Civil**. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista26/revista26%20%20JOS%C3%89%20CARLOS%20BARBOSA%20MOREIRA%20%E2%80%93%20Neoprivatismo%20no%20Processo%20civil.pdf>. Acesso em: 8 jan. 2021.

_____. **O Novo Processo Civil Brasileiro**: exposição sistemática do procedimento. 29.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. Os Poderes do Juiz na Direção e na Instrução do processo. **Revista de Direito Processual Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. **Temas de Direito Processual**: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; HORTA, André Frederico; et al. Contraditório como Garantia de Influência e não Surpresa no CPC-2015. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle FREIRE, Alexandre (Coords.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC**. Normas Fundamentais. v.8. Salvador: JusPODVIM, 2016, p.224.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **A Garantia do Contraditórios**. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A.%20A.%20de%20Oliveira%20-%20formatado.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021.

_____. **Do Formalismo no Processo Civil**: proposta de um formalismo valorativo. 4.ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: <http://www.acbpc.com.br>. Acesso em: 12 abr. 2021.

_____. **Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica**. Pernambuco (2009). Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/66> Acesso em: 15 jun. 2021.

_____. **Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo**. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos AA de Oliveira \(8\) -formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos AA de Oliveira (8) -formatado.pdf). Acesso em: 24 dez.2021.

_____; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. 2.ed. rev. e atual. v.1. São Paulo: Atlas, 2012, p.81.

OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. atual, rev e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova**. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PAIM, Antônio. **História do Liberalismo Brasileiro**. 2.ed. São Paulo: LVM, 2018.

PASSOS, José Joaquim Calmom de. Cidadania e efetividade do processo. **Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil**, Porto Alegre, v.1, n.1, set./out. 1999.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **História do direito processual civil brasileiro**: das origens lusas à escola crítica de processo. Barueri: Manole, 2002.

PENTEADO, Daniel de Castro. **Poderes Instrutórios do Juiz**: fundamentos, interpretação e dinâmica. São Paulo: Saraiva, 2013.

PERYANO, Jorge W. **Lineamentos de lãs carga probatórias dinâmicas, em Enciclopédia Del dIrecho, Rosário**: Juris, 1991.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Manual de Direito Processual Civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

PORTO, Guilherme Athayde. Notas sobre as disposições sobre prova no Novo CPC. Direito Probatório. 3.ed. rev. ampl. atual. In: JOBIM, Marco Felix; FERREIRA, William Santos (Coord.). **Coleção Grandes temas do Novo CPC**. 3.ed. rev. e ampl. v.5. Salvador: JusPODIVM, 2018, p.141-148.

PUOLI, José Carlos Baptista. **Os Poderes do Juiz e as Reformas do Processo Civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a Prova de Ofício na Perspectiva do Garantismo Processual. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato et al. (Coord). **Ativismo Judicial e Garantismo Processual**. Salvador: JusPODIVM, 2013, p.256.

RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da Prova no Processo Civil: do ônus ao dever de provar**. 2.ed. rev. atual e ampl. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

_____. Prova Testemunhal. Do Subjetivismo ao Objetivismo. Do isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). **Coleção o Novo Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.22.

REALE, Miguel. **Política de Ontem e de Hoje**. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. **Teoria do Direito e do Estado**. 5.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

REICHELT, Luis Alberto. O Direito ao Processo Justo e suas manifestações no projeto de novo Código de Processo Civil: primeiras considerações. **X Semana de Extensão, Pesquisa e Pós-graduação - SEPesq Centro Universitário Ritter dos Reis**. Disponível em: https://www.uniritter.edu.br/uploads/eventos/sepesq/xsepesq/arquivos_trabalhos/2966/194/168. Acesso em: 12 out. 2021.

_____. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Considerações a Respeito da Fundamentalidade do Direito ao Processo Justo em Perspectiva Cível na Realidade Brasileira: uma investigação a partir da cláusula de abertura do sistema dos direitos fundamentais. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, ano 2012, set./dez. 2018, p.483. Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Strictu Sensu da UERJ.

_____. Direito Fundamental à Prova e os Poderes Instrutórios do Juiz. **Revista dos Tribunais**, v. 281, p.171-185, jul. 2018. DTR.2018.

_____. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do RS. **Art. 370 do CPC**. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_complta. Acesso em: 12 out. 2021.

SANDELL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 25.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. v. II. 27.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas Direito Processual Civil**, v.2. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Contra o Processo Autoritário. Contra o processo autoritário Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo (usp.br). Disponível em: <https://revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66314/68924>. Acesso em: 25 dez. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. 4.ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Notas Introdutórias ao Sistema Constitucional de Direitos e Deveres Fundamentais. In: CANOTILHO, J.J Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.186.

SCHENK, Leonardo Faria. **Contraditório e Cognição Sumária. Revista Eletrônica de Direito Processual Civil**. – REDP, v.XIII. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. Disponível em: <http://www.redp.com.br>. In.file:///C:/Users/usuar/Desktop/leonardo%20schenk.pdf. 08.01.2021. Acesso em: 28 dez. 2021.

SCRUTON, Roger. **Como ser um Conservador**. 5.ed. Rio de Janeiro: Record, 2016.

SILVA, De Plácido e. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Curitiba: Editora Guaíba Limitada, 1940.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Direito Processual Civil: processo de conhecimento**. v.1. 7.ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOARES, Fábio Costa. **Acesso do Consumidor à justiça: os fundamentos constitucionais do direito à prova**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Que É Isto O Senso Incomum?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

_____. **Hermenêutica Jurídica em Crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; MORAES, José Luis Bonzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 8.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

TARUFFO, Michele. **A Motivação da Sentença Civil**. Tradução: Vitor de Paula Ramos; Daniel Mitidiero e Rafael Abreu. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. **Ensaio sobre o Processo Civil: escritos sobre processo e justiça civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TARUFFO, Michele. **Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana**. Padova: Cedam, 1979.

_____. **Processo Civil Comparado**: ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. **Uma Simples Verdade**: o juiz e a reconstrução dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. 1.ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

_____. **Processo Civil Comparado**. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil. v. 1. 53.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

_____. A reforma do Código de Processo Civil. **Revista do Curso de Direito da FUMEC**. Porto Alegre, 2000.

TORRES, Artur. **CPC Passado a Limpo**: parte geral, procedimento comum e cumprimento de sentença. v. I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

TUCCI, Rogério Cruz e **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: RT, 1997.

_____. Duração Razoável do Processo. In: MARTINS, Ives Granda da Silva (Coord.); JOBIM, Eduardo. **O Processo na Constituição**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

VERDE, Giovanni. **Profili dell processo civil**: parte generale. Napoli: Jovene, 1978.

WALD, Arnold. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Obrigações e Contratos. 2.ed. São Paulo: 1969.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; et al. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna, In: **Participação e processo**. São Paulo: RT, 1988.

YARSHEL, Flávio Luiz. Convenção das partes em processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antônio Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. Salvador: JusPODIVM, 2015.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Distinção entre questões de fato e questão de direito: reexame e valoração da prova no recurso especial. In: **Revista dialética de direito processual**. São Paulo: Dialética, n.43, 2006, p.33.

ZANETTI JR, Hermes. **Constitucionalização do Processo**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2018.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria Acadêmica
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: proacad@pucrs.br
Site: www.pucrs.br/proacad