

O CONTROLE DOS “PODERES INSTRUTÓRIOS” DO JUÍZO PELOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA ISONOMIA, DA AMPLA DEFESA E DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: UMA RELEITURA CONSTITUCIONALIZADA DA PRODUÇÃO DE PROVA *EX OFFICIO*

CONTROL OF COURT “INSTRUCTIVE POWERS” BY CONTRADICTORY, EQUALITY, VAST DEFENSE AND, JUDICIAL DECISIONS RATIONALE PRINCIPLES: A CONSTITUTIONALIZED REREADING OF *EX OFFICIO*

.....
Fernanda Amorim Fraga*
Fernando Horta Tavares**
Isabella Saldanha de Sousa***

* Graduada em Direito pela PUC-Minas.

** Pós-doutoramento em Direito Constitucional pela Universidade Nova de Lisboa. Doutor em Direito e em Direito Processual e Mestre em Direito Processual pela PUC de Minas Gerais. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da PUC-Minas. Advogado.

*** Mestranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio, advogada militante e professora da Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen.

Sumário

1. Introdução. 2. As teorias do processo nos paradigmas dos Estados liberal e social: o papel do juízo na iniciativa probatória e a incompatibilidade de sua atuação com o estado democrático de direito. 3. A importância dos princípios constitucionais-institutivos do processo na produção das provas *ex officio* e a função do julgador na procedimentalidade democrática. 4. O controle dos “poderes instrutórios” do juízo pelos princípios do contraditório, da isonomia, da ampla defesa e da fundamentação das decisões judiciais: uma releitura constitucionalizada da produção de prova *ex officio*. 5. Considerações finais. 6. Referências.

Summary

1. Introduction. 2. Process theories in the paradigms of social and liberal state: the role of court in evidence initiative and the incompatibility of its activities with the democratic state of law. 3. The importance of the constitutional institute principles of process in the production of *ex officio* evidence and the function of the judge in democratic procedure. 4. Control of judge instructive power by contradiction, equality, legal defense and reasoned judgments principles – a reinterpretation of constitutionalized re reading of *ex officio* evidence. 5. Closing remarks. 6. References.

Resumo

Estuda-se a impossibilidade do juízo de produzir provas *ex officio* sem a participação das partes no processo, a partir do Direito Democrático introduzido pela Constituição Brasileira de 1988, que obrigou a uma nova leitura na interpretação e aplicação do artigo 130 do Código de Processo Civil Brasileiro. Trabalha-se a ideia de que a prova é elemento estruturador do procedimento destinado à resolução dos conflitos intersubjetivos, e da aplicação da sanção penal, e seu fator de valoração e valorização, além de elemento essencial da fundamentação das decisões judiciais, consequência de se decretar a nulidade dos provimentos que determinam a produção de prova ao arpejo dos Princípios Constitucionais do Contraditório, da Isonomia e da Ampla Defesa, consectários do Devido Processo Legal.

Palavras-chave: poderes instrutórios do Juízo; devido processo legal direito democrático.

Abstract

We study the court inability of producing *ex officio* evidence without the participation of litigants in the process, from the Democratic Law introduced by the 1988 Brazilian Constitution, which required a new reading in the interpretation and application of Article 130 of the Brazilian Code of Civil Procedure. We deal with the idea that evidence is the procedure structural element to solve inter subjective conflicts. We also reflect about the application of penal sanctions, and its assessment and recovery factor, as well as essential elements for reasoning judicial decisions, as a result of decreeing invalidation of assignments that determine the production of evidence against Contradictory, Isonomy and Wide Defense Constitutional Principles part of the Due Process of Law.

Keywords: judge instructive power; due legal process; democratic law.

1. Introdução

O presente trabalho visa demonstrar se há (i) legitimidade e (ii) parcialidade na iniciativa oficiosa do órgão julgador ao determinar a produção de provas *ex officio* (Art. 130 do CPC), a partir do instituto jurídico do Processo democrático, adotando-se como marco teórico a teoria neoinstitucionalista do processo, concebida pelo Professor Rosemiro Pereira Leal.

A doutrina que desenvolveu a Relação Jurídica Processual, em sua vertente do processo como instrumento da jurisdição, vem conferindo ao magistrado a possibilidade de determinar *ex officio* a produção das provas que julgar necessárias à instrução, excluindo as partes da construção participada desta decisão, sob o fundamento de que o processo deve primar pela efetividade, de forma que a tutela jurisdicional possa ser prestada dentro de um tempo cronológico razoável¹. Em

1 As terminologias mais adequadas para expressar a efetividade do processo e a razoável duração de sua tramitação são Efetividade do Direito e Celeridade do Procedimento, conforme teorizado pelo segundo arti-

razão de uma alegada urgência da tramitação dos procedimentos, a efetividade do processo com a razoável duração de sua tramitação foi erigida como direito fundamental pelo Art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição Brasileira de 1988.

Neste raciocínio, correlaciona-se a necessidade de imprimir “efetividade e tempestividade à prestação da tutela jurisdicional” à ideia de que o decurso do tempo é “inimigo do processo”. Assim, exige-se do Estado uma “tutela jurisdicional” que proporcione a fruição do direito debatido em juízo do modo mais célere, adequado e tempestivo que for possível, sob consequência de este direito restar corroído pela fluência do tempo, em linha de pensamento da elevada doutrina de Cândido Rangel Dinamarco².

Pretende-se, neste ensaio, demonstrar que esta argumentação, em que pese sua doura origem, não se adapta ao modelo constitucional de processo porque o decurso do tempo cronológico não pode ser responsável pela ausência de efetividade do processo e pela corrosão do próprio direito.

O termo efetividade, significando a capacidade da norma jurídica de gerar efeitos no mundo real, vem sendo aplicado tanto ao processo³ quanto ao direito, como forma de acelerar a fruição dos direitos discutidos em juízo pelas partes. Mas, segundo o marco teórico adotado neste trabalho, é equivocado se atrelar efetividade ao processo, porque ele é uma instituição constitucionalizada que garante que o procedimento seja regido pelos princípios da isonomia, da ampla defesa e do contraditório, na aplicação dos conteúdos da lei ao caso concreto.

A defesa da extirpação ou da redução do tempo lógico de fala das partes na estrutura procedimental processualizada representa o maior entrave para que se alcance a efetividade na implementação dos direitos fundamentais pelo Processo. Uma decisão judicial somente pode ser considerada democrática se puder ser “identificada dentro da estrutura do devido processo constitucional, com o provimento de todos os sujeitos processuais e não exclusivamente do ato do julgador monocrático ou colegiado⁴”, que decide sobre a necessidade ou não de produção de outras provas para esclarecer as pretensões postas em juízo pelas partes, tal como vem sendo interpretado o Art. 130 do CPC.

culista em obra anterior (“Tempo e processo”, In: **Urgências de tutela**: processo cautelar e tutela antecipada Curitiba: Juruá, 2007). Ao demais, marco teórico na Teoria Neo-Institucionalista do Processo, o Processo é visto como direito-garantia, cujo tempo lógico e cronológico de argumentação não pode ser reduzido a pretexto de se imprimir celeridade à tramitação do procedimento.

2 “De todos os nossos fantasmas, o que mais assombra é o tempo – tempo-inimigo, que corrói direitos e contra o qual o juiz deve travar uma guerra sem tréguas, mas que até agora não aprendemos a combater”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo, 2007, p. 12.

3 Segundo Zavascki, “o direito à efetividade do processo é um direito fundamental ou também de acesso à justiça ou à ordem jurídica justa, e compreende não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também, e principalmente, o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos”. ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 65.

4 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002. p. 120-130.

Por isso, é preciso vislumbrar que o princípio da “efetividade do processo e da razoável duração de sua tramitação” não pode preponderar sobre os demais direitos-garantias fundamentais, que consubstanciam o princípio do devido processo legal (Art. 5º, inciso LIV, da CR/88). Dessa forma, buscou-se aqui fazer uma releitura do princípio do contraditório, para uma tentativa de adaptação de aplicação do Art. 130 do Código de Processo Civil em conformidade com o modelo constitucional do processo, juntamente com os demais direitos-garantias que consubstanciam o Devido Processo.

Não se pode olvidar que no Estado Democrático de Direito o Princípio do Devido Processo atua como fator de impessoalização das decisões judiciais, concepção que é fundamental para desmistificar o uso acrítico e mítico das expressões “efetividade do processo e poderes instrutórios do juízo”.

2. As teorias do processo nos paradigmas dos estados liberal e social: o papel do juízo na iniciativa probatória e a incompatibilidade de sua atuação como vigente estado democrático de direito

O conceito de paradigma⁵ pode ser aplicado à ciência do Direito e, no período que vai da Antiguidade até a Idade Média, formaria um paradigma único, enquanto a modernidade compreenderia três paradigmas: o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito.

O Estado Liberal surge com os ideários da Constituição da Federação Norte-Americana de 1776, com o processo da Revolução Francesa de 1789 e com a “Revolução Gloriosa” ocorrida na Inglaterra em 1688. O Estado Liberal é construído com o intuito de limitar o poder do soberano e não permitir a ingerência do Estado na vida e nos negócios da burguesia. Este modelo é marcado pelo constitucionalismo e pela separação das funções em legislativa, judicial e executiva. Apenas os direitos fundamentais de liberdade e igualdade eram garantidos em face do Estado, que atuava de forma mínima, resguardando o exercício de tais direitos apenas no plano formal. Na prática, o ideal de fraternidade nunca pôde ser alcançado porque cada indivíduo era responsável pela busca da própria felicidade, que encontrava seu limite no exercício da liberdade do outro⁶.

O Direito, por sua vez, passa a ser compreendido como:

5 Para Thomas Kuhn, paradigmas são “realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2000, p. 43. 217-232

6 Cf. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 55.

uma ordem, um sistema fechado de regras, de programas condicionais, que tem por função estabilizar expectativas de comportamento temporal, social e materialmente generalizadas, determinando os limites e ao mesmo tempo garantindo a esfera privada de cada indivíduo⁷.

E o Poder Judiciário passa a exercer a função de

dirimir conflitos interparticulares ou, conforme o modelo constitucional, entre esses e a Administração pública, quando provocado, através dos procedimentos devidos, aplicando o direito material vigente de modo estrito, através de processos lógico-dedutivos de subsunção do caso concreto às hipóteses normativas, sob ditames da igualdade formal, estando sempre vinculados ao sentido literal, no máximo lógico, da lei, enfim, sendo a “boca da lei” (Montesquieu)⁸.

Diante desse contexto, o juiz deveria se limitar a aplicar a letra da lei, atuando de forma “equidistante em relação ao embate travado entre as partes no processo, de forma que não tinha iniciativa probatória”. Adotava-se, então, o princípio dispositivo¹⁰, em seu sentido estrito, de forma que somente as partes estavam autorizadas a produzir provas. Assim, até o final do sec. XIX, o juiz era o diretor formal do processo, cabendo-lhe apenas valorar “as alegações de fato, provadas pelas partes”¹¹ ou decorrentes de fatos incontroversos, na prolação da decisão final. Segundo Verdi, “essa ideologia liberal, que atribui às partes a iniciativa probatória, foi claramente adotada pelo Código de Processo Civil italiano, em seu Art. 115”¹².

E, como destacam Wambier e Santos,

7 Idem, p. 57.

8 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 57.

9 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil. In: **Temas de direito processual**, Terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984, cit. n.º 3, p. 6.

10 O juiz aguarda a iniciativa probatória das partes em relação às provas dos fatos controvertidos, sem que ele possa verificar outros fatos e determinar a produção da prova que julgar pertinente para o melhor esclarecimento da lide. O julgamento da lide lastreava-se exclusivamente nas alegações fáticas comprovadas pelas partes.

11 “Em direito democrático, diferentemente do que dizia Carnelutti, as provas não têm a finalidade de fixar os fatos no processo, mas sim, as alegações factuais no discurso processual proceduralizado. As alegações factuais demonstradas por instrumentos de prova ou pela formação de um ponto processual devem figurar na fundamentação do provimento”. MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição**: uma inserção no Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008, p.174-175.

12 LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O juiz e o princípio dispositivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006 p. 103.

circunscrever a atividade jurisdicional, o quanto possível, ao âmbito de disposição dos interesses da parte, representava a manifestação concreta do poder de disposição característico da autonomia privada defendida pelo liberalismo¹³.

Portanto, diante do ideário liberal se pode concluir que a iniciativa probatória do juiz era praticamente inexistente, já que estavam em jogo apenas os interesses das partes e aquele figurava como mero expectador do procedimento, decidindo apenas o que foi pleiteado em juízo pelas partes. Assim, o processo foi concebido como instrumento de satisfação dos interesses exclusivos das partes. Tal perspectiva de processo incentivou a utilização da razão estratégica pelas partes, como afirmado por Dierle Nunes,

uma vez que desde a abertura do procedimento até mesmo o impulso processual era confiado a elas, de modo que a tramitação do processo, os prazos e término das fases procedimentais dependiam do alvedrio dessas¹⁴.

Com o estremecimento do Estado Liberal, que já não era mais capaz de controlar a profunda crise social e econômica que se seguiu à ausência de regulamentação das relações sociais em face da ausência do Estado, a opção encontrada para evitar uma revolução do proletariado foi a adoção do modelo de Estado Social. Ele foi adotado pela primeira vez pela Constituição Mexicana de 1917, mas só ganhou repercussão a partir da Constituição de Weimar de 1919. Com um viés nitidamente protetivo e paternalista, o Estado Social buscou solucionar as mazelas deixadas pelo Estado Liberal, adotando uma intervenção na economia e na esfera privada dos indivíduos, implementando políticas sociais que viabilizassem direitos sociais mínimos para os cidadãos.

Nesse contexto, “o direito passa a ser interpretado como sistema de regras e princípios otimizáveis, consubstanciadores de valores fundamentais, bem como de programas de fins, realizáveis no limite do possível”¹⁵.

No dizer de Marcelo Cattoni, passa-se a

aplicar o direito aos casos concretos submetidos à sua apreciação, de modo construtivo, buscando o sentido teleológico de um imenso

13 WAMBIER, Luiz Rodrigues; SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar. In: MEDINA, Miguel Garcia et al. (coords.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 103.

14 NUNES. Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**. Uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008, p. 77.

15 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 60.

ordenamento jurídico. Não se prendendo à literalidade da lei e à de uma enormidade de regulamentos administrativo ou a uma possível intenção do legislador, deve enfrentar os desafios de um direito lacunoso, cheio de antinomias. E será exercida tal função através de procedimentos que muitas vezes fogem ao ordinário, nos quais deve ser levada mais em conta a eficácia da prestação ou tutela do que propriamente a certeza jurídico-processual-formal: no Estado Social, cabe ao juiz, enfim, no exercício da função jurisdicional, uma tarefa densificadora e concretizadora do direito, a fim de se garantir, sob o princípio da igualdade materializada, a Justiça no caso concreto¹⁶.

Tratava-se de conceber o juiz como o diretor material do processo, nas palavras de Cappelletti, em que “ele está investido de uma função assistencial para proteger a parte mais fraca ou mal defendida por profissional negligente ou inexperiente”, de forma que lhe “são assegurados poderes instrutórios para a apuração dos fatos, com a finalidade de alcançar o resultado mais justo e adequado”¹⁷ para se atingir o bem comum. No mesmo sentido é o pensamento de Bedaque, que afirma que

um dos mais poderosos instrumentos que os magistrados têm nas mãos e que lhes possibilita corrigir as desigualdades econômicas presentes na relação processual é reforço dos seus poderes instrutórios¹⁸.

Fomentando-se um papel mais ativo ao julgador, passou-se a proteger o interesse das partes, evidenciando a “firme tendência central de entender e tratar o processo como ‘instrumento’ a serviço dos valores que são objeto das atenções da ordem jurídico-substancial, tal como preconizam Dinamarco¹⁹ e os adeptos da Teoria da Relação Jurídica Processual²⁰. Este foi o pensamento que influenciou, em parte, a redação do Art. 130 do Código de Processo Civil, vigente desde 1973. Além dessa conotação social, com o abrandamento do princípio dispositivo puro ou clássico, facultou-se ao juiz a produção de prova *ex officio* e o indeferimento da produção das provas que reputasse desnecessárias à instrução. Dessa forma, o viés

16 Idem, p. 61.

17 LOPES, Maria Elizabeth de Castro. **O juiz e o princípio dispositivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 89.

18 BEDAQUE, Roberto dos Santos. Os poderes do juiz no processo civil e a reforma do judiciário, **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, vol.700, p.35, fev. 1994.

19 DINAMARCO, Candido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**, São Paulo: Malheiros, 1999, p.57.

20 “A partir do “fenômeno da “publicização do processo”, surge uma verdadeira “marcha do processo para sua socialização ou democratização”. THEODORO JUNIOR, Humberto. Os poderes do juiz em face da prova. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, vol.263, p. 41.

liberal foi parcialmente mantido, ao se garantir às partes a iniciativa probatória em relação à comprovação de suas alegações, mas já era possível ao julgador atuar, ainda que de forma subsidiária no plano probatório.

No Estado Social, conclui-se que a iniciativa probatória do magistrado se tornou viável, mas a partir de uma perspectiva nitidamente assistencialista em que ele, através de seu livre convencimento e de sua persuasão racional, procede na busca da “verdade real”, determinando a produção das provas que fossem indispensáveis ao desate da lide e indeferindo as que fossem desnecessárias. A resolução da lide se dava, assim, por meio do “processo que era o instrumento para a realização de uma justiça efetiva e da paz social”²¹.

Contudo, segundo André Cordeiro Leal, o Estado Social entrou em crise em razão da

complexidade das sociedades modernas culturalmente multifacetadas, mostrando-se insuficiente ao enfrentamento das várias indagações oriundas do fenômeno da perda de legitimidade do direito e do questionamento incessante do mito da autoridade²².

Nesse contexto, passou-se a ter que se optar entre a via neoliberal e a democrática. É o que informa Mario Lúcio Quintão Soares, para quem

no âmbito do Estado social de direito, carcomido pelas reformas neoliberais, digladiam-se forças econômicas e ideológicas, que através da imposição de umas sobre as outras podem reduzi-lo a simples cobertura formal de ditadura capitalista, frustrando a via ocidental baseada na democracia, ou, então, podem conduzir a evolução progressiva e a construção de autêntico Estado Democrático de Direito²³.

O Brasil adotou, então, o paradigma do Estado Democrático de Direito a partir da promulgação da Constituição da República de 1988, passando, numa viragem linguística normativa, a garantir “a participação efetiva dos destinatários das decisões estatais na sua criação, aplicação e fiscalização por meio (*medium* linguístico-jurídico) da processualidade jurídica (isonomia, ampla e contraditório)”²⁴, qual seja, o Processo, tal como concebido pela teoria neo-institucionalista, que confere, em última instância, a legitimidade ao direito.

21.

22 LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 28.

23 SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado**: introdução. 2. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p 214-215.

24 ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade Jurídica e Legitimidade Normativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2005 p. 124.

Portanto, para ser coerente com o paradigma vigente, a iniciativa probatória do juízo não pode ocorrer de ofício sem se ofertar aos destinatários normativos a possibilidade de debate em torno dessa decisão. Não é mais possível adotar na contemporaneidade os ideários do *Welfare State* (o Estado como provedor do bem comum), porque “a justiça não é mais a do julgador, mas a do povo (fonte única do direito), que a faz inserir em leis democráticas”²⁵. A partir daí, cai por terra a concepção pragmática de que o juiz, como autoridade, tem o poder de definir, ao seu alvedrio, a necessidade ou não de que sejam produzidas outras provas em relação aos fatos controvertidos da lide, destinadas a formar o “seu livre convencimento motivado”²⁶ para a aplicação da norma ao caso concreto.

3. A importância dos princípios constitucionais-institutivos do processo na produção das provas *ex officio* e a função do julgador na procedimentalidade democrática

O Processo, na pós-modernidade²⁷, se estrutura pela principiologia constitucionalmente instituída do contraditório²⁸, da ampla defesa²⁹ e da isonomia³⁰, que atuam como direito-garantia às partes de que a judicância³¹ será exercida de forma legítima e válida. A produção da lei, pelo Devido Processo

25 LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 102.

26 A expressão foi utilizada entre aspas porque o juiz não tem o poder de determinar a produção da prova de ofício porque esta decisão deve ser estruturada de maneira dialógica para resguardar o princípio democrático.

27 A pós-modernidade se caracteriza, em substituição à modernidade fundada numa razão prescritiva/instrumental, “por um direito que não se contenta com pretensões de validade em bases meramente estratégicas de preservação de uma paz sistêmica, em que os destinatários das normas não são clientes passivos da legalidade produzida, [...] se realizaria a legitimidade do direito mediante a estruturação procedimental criadora de situações jurídicas pelo devido processo legislativo”, também sujeitas à fiscalização pelo devido processo legal. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002, p. 28.

28 “O princípio do contraditório é referente lógico-jurídico do processo constituído, traduzindo em seus conteúdos, pela dialeticidade necessária entre interlocutores que se postam em defesa ou disputa de direitos alegados, podendo até mesmo, exercerem a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo o direito garantia de se manifestarem”. Nesse enfoque, é inadmissível o contraditório postecipado ou postergado, segundo LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 110.

29 “O princípio da ampla defesa é coextenso ao do contraditório e da isonomia, porque a amplitude de defesa se faz nos limites temporais do procedimento em contraditório, pelos meios e elementos totais de alegações e provas no tempo processual oportunizado na lei” (LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 111).

30 “O princípio da isonomia é referente lógico-jurídico indispensável do procedimento em contraditório (processo), uma vez que a liberdade de contradizer no processo equivale à igualdade temporal de dizer e contradizer para a construção, entre partes, da estrutura procedimental”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 111.

31 Entenda-se como ato de decisão egresso do conteúdo da lei.

Legislativo, não é capaz, por si só, de lhe conferir legitimidade. Esta somente poderá ser alcançada pelo Povo por meio da “formalização de um discurso procedimentalizado dos argumentos numa condição ideal de fala, com vistas à obtenção de uma decisão compartilhada e legítima”³².

Daí a importância de se aplicar à procedimentalidade democrática os princípios institutivos do processo, a partir da necessária distinção entre o Processo³³ e o Procedimento³⁴, que a Teoria da Relação Jurídica Processual não dá conta de explicar, pois o procedimento ainda é visto como “o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica³⁵”, é dizer, não se consegue antever a distinção entre um e outro nesta visão, não obstante a contribuição normativa expressamente prevista nos artigos 5º, incisos LIV e LV e 24, inciso XI, da Constituição Brasileira.

Assim, não é qualquer procedimento (considerado como uma mera sequência ordenada de atos procedimentais) que se encaminha pelo Processo, para que seja exarado o provimento final (sentença), mas somente aquele procedimento democrático que permita aos destinatários normativos a fiscalização ampla e irrestrita, através de uma participação dialógica na preparação dos provimentos (todas as decisões exaradas desde o início do procedimento até a sentença). Nesse sentido, a “atividade cognitivo-processual (análise dos instrumentos de prova e argumentos) não pode sofrer nenhuma restrição quanto aos princípios institutivos do processo”³⁶, sob consequência de “anulação do provimento exarado, porquanto ilegítimo e inconstitucional”³⁷.

Raciocínio análogo deve ser adotado em relação ao instituto jurídico da prova no Estado Democrático de Direito, especialmente em relação ao tema controvertido da possibilidade de produção de provas *ex officio*, neste paradigma.

32 MADEIRA, Dhenis Cruz. Da impossibilidade de supressão dos princípios institutivos do processo. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, direito e processo**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 128.

33 O Processo na teoria neo-institucionalista deve ser compreendido como uma instituição constitucionalizada, apta a reger o procedimento em contraditório, isonomia e ampla defesa.

34 O procedimento “é uma estrutura técnica de atos jurídicos praticados por sujeitos de direitos, que se configura pela sequência obediente à conexão de normas preexistentes no ordenamento jurídico indicativos do modelo de procedimento”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 107.

35 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 106.

36 MADEIRA, Dhenis Cruz Madeira. Da impossibilidade de supressão dos princípios institutivos do processo. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, direito e processo**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 134.

37 MADEIRA, Dhenis Cruz Madeira. Da impossibilidade de supressão dos princípios institutivos do processo. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, direito e processo**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 134.

O Código de Processo Civil adota predominantemente o princípio dispositivo³⁸, que foi atenuado pelo princípio do impulso oficial³⁹, ao permitir que o juiz tenha a liberdade de determinar que sejam produzidas provas *ex officio*, desde que necessárias à instrução do processo, na literalidade do Art. 130 do CPC. O princípio dispositivo vem sendo tratado de forma contraposta ao princípio da busca da “verdade real”, também denominado de livre investigação das provas, segundo o qual o julgador teria o dever legal de iniciativa probatória e não mera faculdade ou poder na apuração dos fatos alegados pelas partes como fundamento da lide.

Sob esta ótica, na condição de dirigente do processo, o julgador adota uma posição mais ativa, independente e participativa, atuando de forma excepcional na produção de provas *ex officio*, na medida em que as partes tenham se desincumbido do ônus de prova que lhes cabe em relação às alegações deduzidas em juízo. Além disso, exige-se que ele esteja convicto na formação de seu convencimento, a partir do exame das provas já produzidas. Contudo, nesse viés, em momento algum se pensa em facultar às partes a oportunidade de debater se há realmente a necessidade da produção de outras provas (além daquelas eventualmente já existentes nos autos), para o desate da lide.

Sem embargo da boa intencionalidade, essa interpretação equivocada da livre iniciativa probatória do juízo tem sido admitida em nome de uma ideologia de que “a justiça deve ser célere, efetiva e asseguradora da paz social”, através da intervenção de um Estado (ainda social e não democrático) que se preocupa em garantir aos cidadãos a maior aproximação possível de uma não constitucionalmente recepcionada “igualdade substancial”:

Atualmente admite-se em geral que a utilização de um juiz mais ativo pode ser um apoio, não um obstáculo, num sistema de justiça basicamente contraditório, uma vez que, mesmo em litígios que envolvam exclusivamente duas partes, ele maximiza as oportunidades de que o resultado seja justo e não reflita apenas as desigualdades entre as partes⁴⁰.

38 O princípio dispositivo, em sua acepção clássica, determina que o juiz deve julgar a lide exclusivamente com fundamento nos fatos alegados e provados pelas partes, sendo-lhe vedada a produção de prova de ofício, em relação aos fatos não alegados pelas partes, cuja prova não tenha sido postulada por elas. Isso sob o fundamento de que o Art. 2º do CPC estabelece que nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais. Sob essa visão o magistrado não poderia determinar a produção de prova *ex officio*. Em razão da publicização do processo, a partir do séc. XX passou-se a permitir que o juiz pudesse determinar a produção de prova *ex officio* desde que primeiramente as partes se desincumbissem do ônus de comprovar as suas alegações, de acordo com o Art. 333, I e II do CPC.

39 Também denominado de princípio inquisitivo, mas que, no Estado Democrático de Direito, segundo Rosemiro Pereira Leal, deixou de ser aplicado, porque não existe atuação jurisdicional sem conteúdo legal.

40 CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 77.

A finalidade da jurisdição é não outra que a manutenção da paz social, das relações intersubjetivas, ou seja, do convívio harmônico entre os cidadãos em suas relações no cotidiano. Desta maneira o juiz, na perseguição dos objetivos da prestação jurisdicional, através de todas as maneiras conferidas pela instrumentalidade do processo, deverá recorrer às partes para que, diante da eventual insuficiência de provas, persistam na busca daquilo que irá fazer com que seja cumprida, de maneira mais eficaz possível, a função social da jurisdição⁴¹.

Para essa corrente teórica o processo teria deixado de ser algo das partes e passa a ser o local onde o “Estado exprime a sua autoridade”, tendo como norte não somente a tutela dos interesses privados, mas primordialmente a tutela do interesse público e a “distribuição da justiça”. Esta distinção entre interesse público e interesse privado, utilizada para justificar a iniciativa probatória do julgador, afigura-se inócua, porque esta suposta supremacia de um indemarcado “interesse público”, na verdade, fundamenta a ausência de imparcialidade do juízo que direciona e estabelece a produção da prova ao seu livre alvedrio, sem que essa decisão possa ser previamente debatida entre as partes, em clara colisão com o princípio do contraditório e, principalmente, com o **Direito Democrático** muito bem definido pelo artigo 1º, da Constituição Brasileira de 1988.

A mesma crítica se faz em relação à ideia de que deveria ser amplamente permitida a instrução probatória *ex officio* quando a lide versar sobre direitos indisponíveis, porque esse dever legal, supostamente, independeria da natureza jurídica do direito discutido em juízo (se disponível ou indisponível). Outro argumento, também vinculado ao “interesse público” e que é utilizado para fundamentar a produção *ex officio* de provas, é o de que o juízo deve sempre primar pela busca da “verdade real”, ou seja, as provas seriam o meio de aproximação máxima da “verdade” em relação aos fatos alegados pelas partes.

Neste ideal de se procurar uma “verdade” na maioria das vezes inatingível, a finalidade não é outra senão a de “convencer o juízo” acerca das alegações apresentadas pelas partes no curso do *iter* procedimental, com o fito precípua de obter uma “decisão justa”.

Todavia, a busca pela verdade, ainda que esta pudesse ser possível de se alcançar, não pode ser o fim colimado pelo processo porque, no dizer de Dhenis da Cruz Madeira,

a verdade não pertence nem ao julgador, nem às partes, pois a exatidão ou não das alegações factuais só é confirmada ou negada após a instalação do discurso processual, exigindo-se a testificação irrestrita

41 BEDAQUE, Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 54-56.

das afirmações ao longo de toda a estrutura procedimental, assim como a observância do devido processo⁴².

Já em relação a uma esperada “justiça da decisão” e ao protagonismo judicial, esclarece Dierle Nunes que

não se pode acreditar mais em uma justiça social predefinida antes do debate processual, uma vez que só as peculiaridades do caso concreto conseguem permitir, mediante o estabelecimento de um fluxo discursivo entre interessados e o órgão decisor, a formação de um provimento adequado. O juiz democrático deve ser visto como um garantidor dos direitos fundamentais inclusive daqueles que asseguraram a participação dos sujeitos processuais na formação da decisão. O que se critica é a ideia de que tal distanciamento (atuação do juiz como um mero autômato neutro na aplicação do direito) poderá ser reduzido mediante uma postura criativa e incontrolável, como se o juiz possuísse um privilégio cognitivo no sistema jurídico⁴³.

Dessa forma, o exercício da atividade judicial de dirigir o procedimento, desvinculada da democrática participação da partes, traz problemas como o da falta de legitimidade decisória e da quebra da imparcialidade porque, na atividade probatória por impulso oficial (Art. 130 do CPC), o juízo está autorizado a determinar a produção das provas que ele julgar necessárias à formação de seu convencimento **à revelia das partes**, o que se afigura inadmissível no Processo democrático.

Sem embargo do respeito que a ela se deve, não se pode aceitar essa corrente teórica⁴⁴, porque, ao se admitir que, em nome de uma suposta “efetividade do processo e da celeridade de sua tramitação”, a atuação do juízo se dê com fundamento em sua autoridade⁴⁵, haverá violação aos princípios institutivos

42 MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição**: uma inserção no Estado Democrático de Direito. Curitiba: Juruá, 2008, p. 185.

43 NUNES. Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá. 2008, p. 199, 260 e 261.

44 “O processo efetivo é somente aquele que atinge todos os escopos, o que não acontece se o juiz (pilatos) está tolhido e tem as mãos amarradas, condenado a ser mero espectador de uma batalha muitas vezes extremamente desigual e que, sem sua intervenção, pode resultar na vitória de quem nenhum direito material tinha naquela hipótese”. BRAGA, Sidnei da Silva. **Iniciativa probatória do juiz no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 89.

45 “O conceito de efetividade do processo e da celeridade na tramitação do procedimento, tal como vem sendo divulgado pela maioria dos juristas brasileiros, não tem como fundamento o ganho de legitimidade nas decisões judiciais, mas sim o ganho de utilidade dessas decisões, que está voltado para o alcance dos escopos metajurídicos (da jurisdição e do processo). A ideia de jurisdição centrada na figura do magistrado (onipotente e onipresente) colide fundamentalmente com a ideia de participação democrática dos cidadãos por meio da igualdade de argumentação para a formação das decisões judiciais, quando da aplicação do

do processo (especialmente a isonomia e o contraditório) no curso da atividade probatória.

A iniciativa probatória do juízo, mesmo exercida em nome da “efetividade do processo” e da celeridade do procedimento, da conveniência do “interesse público” na busca ou perseguição da “verdade real”, é perigosa porque é discricionária, na maioria das vezes, impondo uma decisão arbitrária que não é passível de controle dialógico pelas partes. Neste sentido, coloca-se a afirmativa de Rosemiro Pereira Leal, segundo a qual

O juiz, mesmo obediente à imperatividade legal da livre investigação da prova, ainda assim, não pode, a seu talante, exceder-se aos limites da atuação jurisdicional, porque quebraria a imparcialidade, que é pressuposto lógico do próprio conceito de jurisdição, reunindo isenção para assegurar às partes o direito fundamental da isonomia (liberdade de dizer e contradizer para a construção, entre partes, da estrutura procedimental)⁴⁶.

Assim, constata-se que os princípios constitucionais institutivos do processo (contraditório, ampla defesa e isonomia), que deveriam propiciar às partes a fiscalização do exercício da judicância, foram suprimidos da atividade probatória normativa-constitucional e substituídos por uma visão solipsista de aplicabilidade dos princípios da efetividade do processo e da celeridade do procedimento.

Através da prática do ato decisório segundo os parâmetros da Teoria da Relação Processual, adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro de 1973, o juiz se torna “eloquente e solitário na realização de justiça”⁴⁷ e passa a ser visto como um “depositário público da confiança da sociedade civil”⁴⁸ para dizer, com fundamento em sua autoridade, qual prova é necessária e qual não é quando, em conformidade com o Processo Democrático Constitucionalizado, asseguraria a definição dos elementos capazes de formar a sua convicção (legal e racionalmente motivada) acerca dos fatos (re)construídos pelas partes durante o procedimento (cognitivo, cautelar ou executivo).

Por isso, se faz necessária uma incursão pelo instituto jurídico da prova para verificar se há possibilidade de sua produção “por impulso oficial” a partir do modelo constitucionalizado de processo. Segundo Rosemiro Pereira Leal, o

direito”. SOUSA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. A efetividade do processo e a celeridade do procedimento em detrimento dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia: o mito da urgencialidade. **Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**. Disponível em: <www.conpedi.org.> Acesso em: 05 out. 2008.

46 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 116 e 123.

47 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 70.

48 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 69.

instituto jurídico da prova somente pode ser operacionalizado a partir de um procedimento constitucionalmente processualizado para que ela seja produzida de forma compartilhada *entre o juízo e as partes*. Ainda segundo o referido doutrinador, “o procedimento (processo) visto como estrutura técnica de assegução do direito probatório é um direito fundamental das partes⁴⁹”, porque através da reconstrução dos fatos e do próprio direito que será aplicado ao caso concreto, é que se lhes confere a condição de sujeito processual.

O órgão judiciário também é um sujeito processual, mas é considerado um terceiro em relação aos efeitos das decisões que prolata durante todo o procedimento e deve garantir às partes o exercício do contraditório, de forma que mesmo as “provas determinadas de ofício devem ser postas no debate do contraditório”⁵⁰. É no ato de assegurar o contraditório prévio entre as partes, diante da possibilidade de aplicação do Art. 130 do CPC pelo juízo, que se implementa o processo (democrático) pela atividade compartilhada entre os sujeitos processuais (juiz e partes, mais especificamente)⁵¹.

Portanto, a produção de provas é destinada sempre à convicção e argumentação das partes e não do juízo, porque elas são os destinatários normativos e, como tal, sofrerão os efeitos das decisões judiciais, especialmente da sentença. Por isso se faz necessário lhes garantir uma participação isonômica na construção da decisão sobre a necessidade ou não da produção da prova, mesmo quando aplicado o Art. 130 do CPC.

4. O controle dos “poderes instrutórios” do juízo pelos princípios do contraditório, da isonomia, da ampla defesa e da fundamentação das decisões judiciais: uma releitura constitucionalizada da produção de prova *ex officio*

Os próprios processualistas vinculados à bicentenária Escola da Relação Jurídica do Processo reconhecem que a atuação oficial do juízo na produção da prova deveria

propiciar, dentro do processo, ambiente no qual as partes possam litigar em igualdade substancial, isto é, que qualquer vantagem de uma sobre a outra decorra, exclusivamente, da superioridade de seu direito, em nome de um processo socialmente efetivo (que deve

49 LEAL, Rosemíro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 195.

50 GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001, p. 124.

51 NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá. 2008, p. 233.

servir às partes e à sociedade), mas sem elementos objetivos (sem dados constantes do conjunto fático retratado nos autos) que exijam a intervenção do juiz, restará prejudicada a sua parcialidade⁵².

Ora, para verificar se estão presentes os elementos objetivos que exigiriam a intervenção do juízo na determinação da produção de certa prova é indispensável que se garanta às partes um diálogo prévio acerca da necessidade ou não dessa produção. Veja-se que tal posicionamento também é defendido por José Roberto dos Santos Bedaque⁵³; contudo, o problema está em se adotar a noção de contraditório exercido de forma postecipada e não antecipada, conforme adverte Nunes:

o delineamento de uma moderna concepção isonômica do contraditório se inicia na percepção de que o mesmo não poderia mais ser analisado tão-somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas sim como uma possibilidade de influência sobre o conteúdo das decisões, de forma que existiria um dever de consulta do juiz impondo o fomento do debate preventivo e a submissão de todos os fundamentos da futura decisão ao contraditório⁵⁴.

Nessa perspectiva democrática, segundo Leal, somente haverá impessoalização das decisões se elas forem obtidas a partir da institucionalização do processo constitucionalizado, que é a fonte da vontade político-jurídica da vontade popular em combate ao império da decisão pela tutela jurisdicional. Assim, o incremento dos “poderes instrutórios” do juízo não pode ser inversamente proporcional à concessão de garantias às partes de controle da judicção pelo princípio do Devido Processo (isonomia, ampla defesa, contraditório e fundamentação das decisões judiciais), sob consequência do ato decisório (produção oficial de prova) ser passível de anulação, por ofensa ao mencionado princípio, carecendo tal decisão de legitimidade e de imparcialidade.

Este posicionamento, de todo coerente com o Direito Democrático instituído pela Constituição Brasileira de 1988, já vem sendo defendido no direito

52 WAMBIER, Luiz Rodrigues; SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar. In: MEDINA, Miguel Garcia *et al.* (coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 164.

53 “Para que o juiz mantenha a imparcialidade, diante de uma prova por ele determinada, é suficiente que permita às partes sobre ela se manifestar. O perfeito funcionamento do contraditório é a maior arma contra o arbítrio do julgador. Assim, a concessão de poderes instrutórios ao juiz encontra o seu limite natural no contraditório, que impede a transformação da arbitragem em arbitrariedade, da discricionariedade em despotismo”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 83.

54 NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá. 2008, p. 233.

alienígena, visando resguardar a simétrica paridade das partes de participação e de influência na construção da decisão acerca da necessidade ou não de produção de outras provas pelo juízo⁵⁵.

Nesta perspectiva, a ampla liberdade investigativa do juízo sobre os fatos e sobre a produção de prova em torno deles não estará sendo cerceada, mas fiscalizada pelas partes, de forma prévia, respeitando-se o contraditório e os demais princípios institutivos do processo (ampla defesa e isonomia) para preservar o modelo procedimental democrático. Por isso, além de se garantir às partes a participação na produção das provas que o juízo entenda convenientes, é indispensável a criação de um espaço discursivo prévio acerca da necessidade ou não de produção desta(s) prova(s) porque “a direção do julgador é exercida em conjunto com as partes, sujeitando-se todos, às diretrizes do paradigma constitucional”⁵⁶. Trata-se de uma garantia contra o perigo de decisões parciais, que não foram submetidas ao contraditório e que por isso são arbitrárias, já que o julgador impõe às partes a produção de determinada prova que ele julgar necessária, o que é vedado em Direito Democrático. Não é outra a ideia esposada por Dhenis da Cruz Madeira, segunda a qual

Vê-se que a efetivação dos princípios institutivos do processo torna menos penosa a atividade do juiz, porquanto esse não mais precisa realizar uma investigação extra-autos nem mesmo possuir uma inteligência, sensibilidade ou sapiência sobre-humanas, o que facilita em muito a sua atividade profissional⁵⁷.

Inovação salutar, e na direção da teorização neste ensaio defendida, foi trazida recentemente pelo legislador reformista ao alterar a redação do Art. 155 do Código de Processo Penal, com o advento da Lei 11.690/08⁵⁸, que estabelece em seu Art. 1º que o juízo formará sua convicção pela livre apreciação da prova **produzida em contraditório judicial**, não podendo fundamentar a sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na fase investigatória, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

55 “O juízo passa a garantir o exercício do contraditório entre as partes no curso do procedimento, através da provocação de um debate prévio entre as partes sobre quaisquer questões de fato ou de direito, que devem ser esclarecidas para a resolução da demanda. Trata-se de garantir o contraditório como garantia de influência no desenvolvimento e no resultado do processo, evitando as decisões surpresa”. NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório: uma garantia de influencia e de não surpresa. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, direito e processo**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 152.

56 MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição**: uma inserção no estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2008 p.200.

57 Idem, p.183.

58 BRASIL. Lei 11690/08, de 09 de jun. 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 09 jun. 2008.

Por este novo diploma legal, o juízo está obrigado a submeter tal decisão *ao debate prévio entre as partes*, em respeito ao princípio do contraditório, antes de determinar a produção de outras provas para o desate da lide. E, ainda assim, ao fundamentar tal decisão deverá explicitar as razões de sua decisão. Isso porque, na visão de André Cordeiro Leal,

o contraditório, na condição de princípio constitucional, se atendido, torna-se, nesse passo, hábil, por um lado a garantir imparcialidade e, por outro, a balizar a própria racionalidade das decisões⁵⁹.

O juízo deixará, então, de ser o único destinatário das provas, para que as partes também o sejam, já que a atividade probatória exige uma atuação compartilhada, como garantia de que os argumentos expendidos pelas partes em torno da necessidade ou não de produção de outras provas sejam analisados, de modo a se obter uma decisão legítima.

A partir desses pressupostos, não é mais concebível que a iniciativa probatória do juízo, tal como prevista no Art. 130 do CPC, macule a produção de tais provas e tampouco a sua posterior valorização, sob consequência de restar violado o Devido Processo. É através desse democrático discurso viabilizado procedimentalmente que as alegações deduzidas pelos destinatários normativos poderão se sujeitar à crítica⁶⁰, no sentido de que cada parte irá demonstrar as razões pelas quais uma nova prova deverá ser produzida, ou não, argumentando em torno de sua relevância ou da ausência dela para o esclarecimento da lide.

Corolário lógico da dicção que se extrai do inciso IX, do artigo 93, da Constituição Brasileira, tal decisão deverá estar necessariamente fundamentada, inclusive para refutar ou acatar as alegações das partes em relação à necessidade ou não da produção de novas provas. Daí também exsurge a importância do princípio da fundamentação das decisões, cabendo ao juízo justificar as razões de seu convencimento. Ao se viabilizar o conhecimento dos fundamentos de determinada decisão, no sentido de determinar ou indeferir a produção de outras provas, as partes poderão também fiscalizá-la pelo exercício do contraditório sucessivo, através da via recursal, tal como destaca Nunes:

O instituto jurídico do recurso apresenta-se como criador de um espaço procedimental de exercício do contraditório e da ampla defesa, permitindo ao juízo *ad quem* a análise de questões suscitadas de

59 LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p.108.

60 Segundo Madeira, no discurso processual há alegações factuais sujeitas à crítica, que são certas até que outras sejam opostas ou lhe substituam. Cf. MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição**: uma inserção no estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2008, p. 182.

ofício ou sem a participação de todas as partes em seu provimento, implementando, assim um espaço de debate. Entretanto, quando mais presente for o papel ativo do julgador, maior razão existe para a implementação do contraditório e da ampla defesa em seu perfil dinâmico, a permitir uma comparticipação ativa das partes no *iter* procedimental⁶¹.

Desta forma, a inobservância de todos esses princípios que estruturam o Devido Processo, mais especificamente do contraditório (antecipado, sempre!), da isonomia, da ampla defesa e da fundamentação das decisões judiciais⁶², ensejará a possibilidade de declaração de invalidade do ato probatório por iniciativa oficial porque, como assevera André Cordeiro Leal,

uma decisão que desconsidere, ao seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes no *iter* procedimental será inconstitucional e, a rigor, não será sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe faltará a necessária legitimidade⁶³.

Não é por outro motivo que Rosemiro Pereira Leal conclui que, numa perspectiva democrática, “o objeto do instituto da prova é a produção da estrutura do procedimento, como requisito de causalidade da fundamentação legal (Art. 93, incisos IX e X, CR/88) do provimento (ato decisório)”⁶⁴.

5. Considerações finais

Não se pode olvidar que, com a adoção do paradigma do Direito Democrático, após a vigência da Constituição Brasileira de 1988, o art. 130 do Código de Processo Civil, que permite a iniciativa probatória por impulso oficial, precisa ser ressemantizado a partir do estudo do instituto jurídico da prova e dos princípios constitucionais institutivos do processo (que compõem um princípio maior, o do Devido Processo Legal), de forma a permitir que os litigantes participem de forma isonômica e em contraditório da construção da

61 NUNES. Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso:** da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da comparticipação nas decisões. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p. 163 e 168.

62 “Mais do que garantia de participação das partes em simétrica paridade, portanto, o contraditório deve efetivamente ser entrelaçado com o princípio da fundamentação das decisões judiciais de forma a gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido para a motivação das decisões”. LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 105.

63 LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 105.

64 LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo.** 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 194.

decisão a respeito da necessidade ou não da produção de outras provas, com fito de esclarecer algum fato relevante para o julgamento da lide.

O princípio do contraditório, consagrado pelo art. 5º, inciso LV, da Constituição Brasileira de 1988, constitui-se num direito-garantia fundamental, **que não pode ser suprimido da estrutura procedimental quando da aplicação do art. 130 do CPC**, sob consequência de restar violado o princípio do Devido Processo, que “impõe a participação lógico-procedimental probatícias das partes na preparação do provimento”⁶⁵.

Assim, carece de legitimidade e imparcialidade a decisão que impõe a realização de uma determinada prova por alvedrio do juízo, sob o fundamento de melhor formação de seu convencimento acerca dos fatos discutidos e a pretexto de alcançar a efetividade do processo, impondo às partes indemarkados escopos metajurídicos do processo, sem um **prévio debate** sobre o cabimento e a oportunidade de produção, ou não, de determinada prova.

Na Democracia, “o princípio da isonomia é assegurado pela paridade de distribuição normativa do tempo-espço procedimental para todos os sujeitos do processo na preparação do provimento e não pela autoridade do juiz”⁶⁶. Assim sendo, o art. 130 do Código de Processo Civil brasileiro é inconstitucional, por não estar em consonância ao modelo constitucional de processo, instituído pelo Povo brasileiro em 1988.

Frisa-se que esta ideologia de um incentivo crescente ao ativismo judicial “torna a cidadania sem efeito e desvaloriza o papel do cidadão, confinado a ser um consumidor, um telespectador ou um litigante”, correndo-se o risco de “se evoluir para uma organização clerical do poder e de confiscar a soberania”⁶⁷ popular.

Por isso, por coerência à roupagem de direito fundamental com que se reveste o Devido Processo como esculpido pelos incisos do artigo 5º da Constituição Brasileira, o julgador deve assumir a função de garantidor do devido processo que irá reger todo o procedimento para assegurar o direito das partes de participação na construção da decisão que ensejará ou não a produção de novas provas, além daquelas já requeridas e produzidas por elas, para um melhor esclarecimento da lide.

Referências

BEDAQUE, Roberto dos Santos. Os poderes do juiz no processo civil e a reforma do judiciário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: RT, vol.700, fev. 1994.

65 Idem, p. 197.

66 Idem. ibidem.

67 GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 62.

BEDAQUE, Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do Juiz**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BRAGA, Sidnei da Silva. **Iniciativa probatória do juiz no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Lei 11.690/08, de 09 de jun. 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. **Diário Oficial**, Brasília, 09 jun. 2008.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1998. 168p.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 208p.

DELGADO, José Joaquim. Reflexões contemporâneas (julho/2007) sobre os deveres e poderes instrutórios do juiz na imposição dos princípios da razoável duração do processo e da moralidade, na relação jurídica formal. p. 271-289. In: MEDINA, Miguel Garcia et al. (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**: São Paulo, 2007, p. 333.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001, 270p.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001. 219 p.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy. 2002.

_____. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

LEAL, André Cordeiro. **O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MADEIRA, Dhenis Cruz Madeira. Da impossibilidade de supressão dos princípios institutivos do processo. p. 123-143. In: TAVARES, Fernando Horta (Coord.). **Constituição, direito e processo**. Curitiba: Juruá, 2007.

MADEIRA, Dhenis Cruz Madeira. **Processo de conhecimento e cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências Contemporâneas do Direito processual civil. In: **Temas de direito processual**. Terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá. 2008.

NUNES, Dierle José Coelho. **Direito constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: introdução**. 2. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SOUSA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. A efetividade do processo e a celeridade do procedimento em detrimento dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia: o mito da urgencialidade. **Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**, Disponível em: <www.conpedi.org>. Acesso em: 05 out. 2008.

TAVARES, Fernando Horta. Tempo e Processo. In: _____. **Urgências de tutela**: processo cautelar e tutela antecipada. Curitiba: Juruá, 2007, p.112-117.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Os poderes do juiz em face da prova. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, vol.263, p.39-47, jul.-set.1978.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; SANTOS, Evaristo Aragão. Sobre o ponto de equilíbrio entre a atividade instrutória do juiz e o ônus da parte de provar. p. 152-164 In: MEDINA, Miguel Garcia et al. (Coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

Artigo recebido em 04/10/09

Aceito para publicação em 19/11/09