

O PROCESSO COMO INSTRUMENTO PARA O CONHECIMENTO DA REALIDADE DOS FATOS E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

THE PROCESS AS AN INSTRUMENT FOR KNOWING THE REALITY OF FACTS AND EFFECTIVE RIGHTS

Albino Gabriel Turbay Junior¹
Ana Cláudia do Nascimento de Souza²
Thaís Nakaoka Balan³

RESUMO: O presente trabalho teve por objetivo analisar o processo e seu papel como instrumento para o conhecimento da realidade do caso concreto apresentado ao Poder Judiciário, para que ao final, o juiz profira a sentença em um processo desenvolvido de forma justa, compreendendo de forma efetiva os fatos da relação jurídica. Tendo em vista que o fato discutido não pode ser recriado, as partes e o juiz devem realizar a busca possível para se aproximar de uma verdade de forma racional, isto por meio de princípios, técnicas e procedimentos aplicados. Neste sentido, é de suma importância a análise da jurisdição e da instrumentalidade do processo, do processo de conhecimento, da compreensão da realidade, da busca da verdade e do dever do juiz expor suas compreensões, valoração das provas que representam os fatos e motivação de sua decisão, concretizando o direito material de forma justa por meio do processo. Este artigo é resultado de pesquisa teórica, tendo como metodologia a pesquisa bibliográfica em doutrina e legislação.

Palavras-chaves: instrumentalidade do processo; direito e realidade; concretização de direitos.

ABSTRACT: This paper aimed to analyze the process and its role as an instrument for the knowledge of the reality of the concrete case presented to the Judiciary, so that, in the end, the judge pronounces the sentence in a process developed fairly, effectively understanding the facts of the legal relationship. Given that the fact discussed cannot be recreated, the parties and the judge must undertake the possible pursuit to approach a truth rationally, through applied principles, techniques and procedures. In this sense, it is extremely important to analyze the jurisdiction and instrumentality of the process, the process of knowledge, the comprehension of reality, the search for truth and the duty of the judge to expose his understanding, valuation of the evidence that represents the facts and motivation of his decision, concretizing the material law fairly through the process. This article is the result of theoretical research, using bibliographic research on doctrine and legislation as methodology.

Keywords: process instrumentally; law and reality; realization of rights.

1 Doutor em direito pela Instituição Toledo de Ensino ITE/Bauru. Professor na graduação, especialização e no programa de mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense (UNIPAR).

2 Graduanda do Curso de Direito e participante do Programa Externo de Bolsas de Iniciação Científica (PEBIC) CNPq/UNIPAR 2018/2019 da Universidade Paranaense (UNIPAR).

3 Graduanda do Curso de Direito e participante do Programa Externo de Bolsas de Iniciação Científica (PEBIC) CNPq/UNIPAR 2018/2019 da Universidade Paranaense (UNIPAR).

1 INTRODUÇÃO

Viver em sociedade é pressuposto da existência de tolerância, no entanto, pela condição humana, os conflitos podem surgir naturalmente, mas, em uma sociedade que vive em um Estado de Direito, ou seja, normas que norteiam as condutas e a convivência social, abdica-se, como regra, à autotutela e é depositado nas mãos do Estado-Juiz a confiança para que solucione os casos que lhe são apresentados e promova a pacificação social.

Essas demandas, cada uma com suas peculiaridades, possuem inúmeras pretensões de tutela jurisdicional, e, portanto, deve haver soluções específicas para cada caso particular, para cada necessidade.

Todo caso apresentado ao Poder Judiciário para ser julgado representa uma realidade ocorrida e que envolve as partes e seus interesses dentro de uma relação jurídica. O juiz não esteve presente no fato ocorrido, bem como, não compõe a relação jurídica de direito material que envolve as partes, mas no exercício da jurisdição precisa resolver da forma mais justa o conflito e promover justiça, a justiça para aquele caso concreto.

Para que isto aconteça, ou seja, a justiça do caso concreto, torna-se importante o papel do processo e sua instrumentalidade para que a realidade dos fatos seja revelada durante as fases processuais de forma democrática, especialmente no processo de conhecimento, que tem como objetivo a certificação do que ocorreu, da realidade.

Neste sentido, o processo precisa de técnicas, métodos e procedimentos para que o juiz possa alcançar a realidade dos fatos, possa analisar a melhor forma de resolver o caso, e assim, dar a solução mais justa.

Para esta investigação, por meio da análise das normas constitucionais, da legislação processual e da doutrina, será importante uma reflexão sobre jurisdição e instrumentalidade do processo, das normas constitucionais como fonte do direito processual e do processo como instrumento para o conhecimento da realidade e efetivação de direitos.

2 A JURISDIÇÃO E A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

A jurisdição é a manifestação do poder estatal para o controle e pacificação de conflitos, sendo uma das funções essenciais do Estado de Direito, surgiu com a Revolução Francesa e as ideias liberais do Século XVIII e XIX, propiciando, a partir de Montesquieu, um delineamento da separação dos poderes executivo, legislativo e judiciário, assim, a atividade jurisdicional não deveria sofrer interferências do Poder Legislativo ou Executivo, característica dos Estados Democráticos⁴.

Araújo⁵ e Medina⁶ destacam a importância da manifestação do poder estatal, pois representa uma garantia fundamental do cidadão, no qual a jurisdição deve encontrar estrutura e limites por meio de premissas fixadas na Constituição Federal. Significa que, no exercício da jurisdição já não se pode mais decidir de forma arbitrária como no regime absolutista, deve-se, portanto, subordinar-se ao sistema constitucional e suas normas.

Medina⁷ explica: “A jurisdição é uma das funções do Estado [...] prestado pelo Poder Judiciário, através do processo [...]”, sendo o processo um mecanismo de exercício da jurisdição para resolução de problemas.

4 ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 280-281.

5 ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 280.

6 MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 156.

7 MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 155.

Quando a solução pacífica não é possível de realizar, é inegável a essencial participação estatal como meio de trazer estabilidade social às partes, além disso, o monopólio da atividade jurisdicional evidencia que a solução definitiva do conflito deve possuir sempre o consentimento do Estado, ainda que não haja participação direta do juiz. Neste aspecto, a arbitragem se destaca como um modelo alternativo (Lei n. 9.307/96), embora sua decisão arbitral constitua um título executivo judicial, somente poderá ser executada em juízo (art. 515, VII do CPC), a qual terá os mesmos efeitos da sentença judicial de acordo com o artigo 31 da Lei n. 9.307/96, permanecendo seu caráter jurisdicional. Ainda, mesmo já instaurado o processo, na existência de conflitos que permitam autocomposição, o juiz deverá incentivar a mediação ou conciliação entre as partes. Nesse sentido, é possível inferir que a estrutura da atividade jurisdicional revela o grau de maturidade da organização social⁸.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero⁹ fazem uma análise sobre as teorias que fundamentam a jurisdição, podendo identificar as seguintes teorias: jurisdição como função dirigida a tutelar os direitos subjetivos privados violados; teoria da atuação da vontade da lei; a jurisdição como atuação da vontade concreta da lei, teoria de Chiovenda; a justa composição da lide, doutrina de Carnelutti.

A jurisdição como função dirigida a tutelar os direitos subjetivos privados violados tem vinculação com valores do Estado liberal e com o positivismo jurídico, tendo como característica a igualdade formal, a liberdade individual e a não interferência do Estado nas relações privadas e a subordinação do Executivo e do Judiciário à lei. Na ideia desta concepção de jurisdição, por proteger a liberdade individual contra a interferência do Estado o juiz atuaria apenas depois que os direitos subjetivos privados foram violados, pois, antes disso, ou seja, atuar por prevenção, seria uma interferência indesejada, assim, não seria admitida uma tutela preventiva. Sua característica privatista mostra que a jurisdição se preocupava apenas com a reparação do dano¹⁰.

Para a teoria da atuação da vontade da lei o papel da jurisdição é para a afirmação do direito objetivo ou do ordenamento jurídico, caminhando para uma linha publicista da jurisdição. Conforme Marinoni, Arenhart e Mitidiero esta concepção da jurisdição tem seu início com Lodovico Mortara, no entanto, os autores deixam claro que mesmo que Mortara tenha revelado a natureza pública da jurisdição, permaneciam os valores do Estado liberal, mantendo a ideia do juiz como subordinado ao legislador em apenas atuar conforme a vontade da lei¹¹.

A teoria de Chiovenda entende a jurisdição como atuação da vontade concreta da lei, assim, reforça a natureza pública da jurisdição e a separação entre a ação e o direito material, porém, embora este tenha contribuído para desenvolver a natureza publicista do processo, não tentou inserir o processo civil em um plano social, e nem se desprende da ideologia liberal, mantendo-se na linha do positivismo clássico, sendo a função do juiz aplicar a lei ditada pelo legislador ao caso concreto¹².

8 ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de processo civil*. t.1. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 283.

9 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 38-46.

10 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 38-39.

11 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p.40.

12 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 41.

A teoria de Carnelutti partiu da ideia de lide, o conflito de interesses para definir a ideia de jurisdição, ele se preocupava com a finalidade das partes visando a importância do processo a partir de um interesse privado. Carnelutti partia da concepção de que a lei é insuficiente para compor a lide, apontando a necessidade de um juiz concretizar a norma abstrata por meio de sentença, fazendo particular a lei para as partes¹³.

Desta forma, a diferença entre as concepções de Chiovenda e Carnelutti é de que a primeira se preocupa com a atividade jurisdicional em declarar a vontade da lei, mas não produz uma nova regra, já a segunda não deixa de declarar a lei, mas se preocupa na composição da lide por meio de sentença, a qual o juiz irá criar uma regra individual a partir da norma geral. No entanto, ambas as teorias continuam subordinadas à supremacia da lei, no sentido de apenas promover a declaração da lei¹⁴.

Apesar da evolução da jurisdição da natureza privatista para a pública, as teorias apresentadas são vinculadas a ideia de Estado Liberal, individualista e de um positivismo clássico, o que não se adequa com a complexidade social e as necessidades de um Estado Constitucional Democrático que valoriza os direitos fundamentais.

Neste sentido, o papel do exercício da jurisdição pelo Estado deve ser de atender as novas demandas e de proteger os direitos fundamentais, reconhecendo que a mera declaração da lei é insuficiente para um sistema complexo e para uma Constituição estruturada por princípios que absorvem os valores sociais e que precisam resolver as diversidades.

O processo é o meio pelo qual todos tem uma condição democrática da busca pela concretização de direitos subjetivos fundamentais, assim, a função da jurisdição deve romper a barreira de meramente declarar o que foi legislado pelo legislador, mas, na atividade interpretativa alcançar a norma aplicável a partir da realidade social.

O processo, portanto, é peça fundamental para a atuação da jurisdição junto às partes que o demandaram, no entanto, ele não pode ser imposto à sociedade, e sim reconhecido e legitimado, neste sentido Dinamarco¹⁵ conclui:

Naturalmente, essa legitimidade tende a caminhar para graus mais elevados e animadores, à medida que o próprio sistema se aperfeiçoe, com maior abertura do canal de acesso, maior celeridade na produção dos resultados, menos formalismo na busca da boa solução, ou seja, à medida que se aproxime do ideal representado pela plena efetividade do controle jurisdicional.

Ao falar de legitimidade do processo, deve-se levar em conta que todo meio deve revelar seu objetivo a ser alcançado, além disso, deve ser recebida e sentida pela sociedade a qual o utiliza. Portanto, a sua legitimidade (do processo) está fundada de acordo com o grau de utilidade desse instrumento, ou seja, se é o meio que mais possui demanda, ela produz um resultado, talvez não o melhor, mas o melhor possível existente perante as limitações humanas.

Além disso, para que a jurisdição seja executada, faz-se necessário o uso do processo como peça fundamental e instrumental para realização da função, dessa forma, esclarece Dinamarco¹⁶ : “Todo instrumento como tal é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina”.

13 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 42.

14 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 42-46.

15 DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 176.

16 DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 181.

É certo que todo instrumento tem um alvo a ser objetivado, neste aspecto, é vago dizer que o processo é um meio sem estar acompanhado de seus objetivos mediante sua utilização. Para tanto, é preciso compreender a jurisdição por intermédio de seus escopos, nesse sentido, Dinamarco¹⁷ faz menção à importância da finalidade de um processo e aponta: “o processualista, sem deixar de sê-lo, há de estar atento à indispensável visão orgânica da interação entre o social, o político e o jurídico”.

No que tange ao caráter político, o processo tem o papel de contribuir para “a estabilidade das instituições políticas e para a participação dos cidadãos na vida e nos destinos do Estado”¹⁸. Assim, no exercício da jurisdição, um processo justo deve ser voltado para a estabilidade do próprio ordenamento jurídico, proporcionando segurança jurídica nas relações, mas principalmente, em um Estado Democrático de Direito, seu escopo político é revelado com a abertura para participação e o reforço dos valores da cidadania.

Dinamarco¹⁹ acentua seu caráter em relação de culto ao valor de liberdade, ou seja, a não interferência do Estado em algumas esferas individuais, tais como podem ser traduzidas na técnica, como o habeas corpus e o mandado de segurança, ou na ação popular, que demonstra a participação da população nos destinos da sociedade brasileira.

Já o caráter jurídico depende da escolha entre a teoria unitária ou dualista, neste sentido Dinamarco²⁰ entende importante esta discussão “[...] definição do escopo jurídico a partir da oposição entre a teoria dualista e a unitária, porque isso significa, afinal, revelar o exato ponto de inserção do processo no universo do direito”. Nesta escolha já não faz sentido entender o escopo jurídico do processo como a simples tutela dos direitos, tornando improdutivo pensar como escopo jurídico a produção de decisões e da coisa julgada.

O escopo jurídico tem a ver com segurança jurídica, com a adequada interpretação das leis a partir das questões sociais, compreendendo seus valores e aplicando no caso concreto. Partindo dessa percepção, é vago fazer a afirmação de que a norma jurídica (resultado da interpretação) criada no Estado Contemporâneo serve apenas para conformar a legislação às normas Constitucionais, na verdade, ela abrange mais dois papéis importantes, no tocante à proteção de direitos fundamentais em caso de omissão do legislador ou a melhor escolha quando há colisão entre direitos ante o caso concreto, conformando um controle de constitucionalidade.

Dinamarco²¹ por fim, analisa a função jurisdicional em relação à consciência do escopo social. Este caráter está intimamente ligado no que diz respeito ao exaurimento das insatisfações, conflitos, bem como obter precisão nas decisões, ainda, o escopo social tem a ver com a educação das pessoas para respeitar os direitos dos outros e para o exercício dos seus próprios direitos.

Um dos pontos mais importantes é o acesso da população à justiça (art. 5º, inciso XXXV da C.F 88 – constitui não só o direito de ação, mas também de um processo justo, efetivo e de razoável duração) com o aprimoramento do sistema, conscientizando direitos e obrigações, trazendo a perspectiva de uma educação para a população, conscientização de que autotutelando os problemas nem sempre é a melhor solução, por isso, a criação da ideia da não limitação do povo em buscar o Poder Judiciário para isso, seja por receio, ou motivos financeiros.

17 DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 188.

18 DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.1. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 166.

19 DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.1. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 167-168.

20 DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.217.

21 DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.1. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 165.

Ainda sobre a natureza instrumental do processo, Araújo²² faz menção ao fim da discussão sobre a autonomia do direito processual, e ressalta que o seu desafio é em relação à aproximação com o direito material diante de seu caráter instrumental, como princípios e pressupostos processuais, bem como todos os mecanismos adequados existentes para solução dos conflitos e do direito material, com tutelas adequadas.

3 NORMAS CONSTITUCIONAIS COMO FONTE DO DIREITO PROCESSUAL

Fontes formais do direito são os meios em que as normas jurídicas se apresentam à sociedade, constituídas por uma fonte material que tem o poder de criação e imposição dela, surgindo, assim, o chamado Direito positivo. Para Nader²³ fontes formais são: “meio de expressão do Direito, as formas pelas quais as normas jurídicas se exteriorizam, tornam-se conhecidas”.

A lei pode ser denominada como fonte formal direta do direito, existindo, ainda, as fontes indiretas que são utilizadas quando a lei não faz previsão para um caso, como costumes e jurisprudência.

No caso da lei processual civil, Theodoro Júnior explica que²⁴: “Lei Processual Civil é toda aquela que disciplina a função jurisdicional desenvolvida pelos juízes e tribunais, quando convocados pelos titulares de interesses jurídicos em conflito na órbita civil *lato sensu*”.

Neste sentido, seria fonte formal direta o Código de Processo Civil e as demais leis processuais civis previstas. Entende Dinamarco²⁵ portanto, que são fontes formais do direito processual civil a própria Constituição Federal e os demais atos que ela prevê ou consente. Dessa forma, é preciso atentar-se que as leis processuais civis não são criadas à vontade do legislador, mas sim de acordo com sua fonte maior, a própria Constituição.

Medina²⁶ expõe que para a atuação das partes e do Poder Judiciário deve ser compreendido que o processo é um espaço no qual deve se materializar os princípios inerentes ao chamado “Estado Democrático de Direito” (art. 1º da C.F de 88), sendo assim, a Constituição Federal é o ponto de partida para o trabalho do processualista. Além disso, destaca que o texto da lei ou a definição de um princípio não se resume ao sentido do direito, estes são apenas pontos de partida para a chegada da norma, no entanto, a norma é fruto de interpretações realizadas para a resolução dos problemas.

No mesmo pensamento, para Theodoro Júnior²⁷ o processo não é regido apenas por leis processuais propriamente ditas, mas que há uma sistemática normativa dentro da Constituição para isso, a existência de princípios que assumem a categoria de norma jurídica, e por isso, integram o direito processual, independente de regulamentação.

Dinamarco²⁸ expõe o Direito Processual Constitucional como: “método consistente em examinar o sistema processual e os institutos do processo à luz da Constituição e das relações mantidas com ela”. Significa dizer que, o processualista contemporâneo no uso do processo como instrumento a serviço da ordem constitucional, precisa refletir os preceitos do regime democrático.

22 ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de processo civil*. t.1. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 72-73.

23 NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 167.

24 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v.1. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 65.

25 DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.1. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 84.

26 MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 82-84.

27 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v.1. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 65.

28 DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.1. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 259.

Diante disso, Dinamarco²⁹ aponta este método constitucionalista como o estudo da relação entre Constituição e processo, a tutela constitucional do processo, que segundo o autor, tem o objetivo de assegurar os institutos e funcionamentos do direito processual aos princípios oriundos da Constituição Federal. Concernente aos princípios, a Constituição impõe expressamente alguns deles que devem prevalecer nos processos de qualquer espécie.

Para Medina³⁰ e Dinamarco³¹ muito desses princípios e garantias processuais convergem para um núcleo em comum, o devido processo legal, derivando deste os demais como: a) inafastabilidade do controle jurisdicional; b) ampla defesa e contraditório; c) motivação das decisões judiciais; d) isonomia; e) juiz natural; f) publicidade, entre outros.

O princípio do devido processo legal, em seu aspecto formal, traz a ideia de que o processo deve estar estabelecido por lei, assim, suas fases (procedimento) devem ser respeitadas conforme estabelecidas. Além disso, Araújo³² expõe a outra face do devido processo legal, a substancial, no sentido do devido processo legal ser um dado essencial ao Estado de Direito, e conclui: “um processo justo só será possível se todas as garantias constitucionais forem respeitadas em relação a todos os sujeitos processuais”.

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional encontra-se base na Constituição Federal de 1988, que consta em seu artigo 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

De acordo com Nery Junior³³ o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional é norma constitucional que tem como destinatário final o legislador, porém, o comando constitucional atinge a todos, assim, ninguém, nem mesmo o legislador, pode impedir que o jurisdicionado apresente sua pretensão em juízo.

Ainda, Araújo³⁴ cita o artigo 3º do Código de Processo Civil com o mesmo conteúdo -“não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito” - e destaca que: “a leitura de ambos os dispositivos não deixa dúvidas quanto à consagração do direito fundamental à tutela ressarcitória (lesão) e inibitória (ameaça)”. Assim, fica claro o papel do Judiciário antes do acontecimento do dano e por fim não deixa de lembrar que nos casos de tutela preventiva, a Constituição também abrange o mandado de segurança preventivo (art. 5º, LXIX) e o habeas corpus preventivo (art. 5º LXVIII).

A ampla defesa e contraditório, encontram-se previstos igualmente no art. 5º, inciso LV da C.F: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

É evidente que o direito de defesa não é característica de um Estado democrático de Direito, com isso, Portanova³⁵ nos elucida que: “a ampla defesa é uma consequência do contraditório”, ou seja, o contraditório se dá no momento que a parte toma o conhecimento de todos os atos que estão sendo tomados no processo, e após isso, tem o direito de alegar, bem como provar o que está alegando com total liberdade.

Além disso, Portanova³⁶ conclui que em um Estado democrático de Direito o contraditório deve ser pleno e efetivo, ou seja, que não deve existir limitações injustificáveis ao trabalho da

29 DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.1. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 260.

30 MEDINA, José Miguel García. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 120.

31 DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.1. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 269.

32 ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de processo civil*. t.1. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 106-107.

33 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. *E-book*.

34 ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de processo civil*. t.1. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 131.

35 PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3. Ed. Porto Alegre: Portaria do Advogado, 1999, p. 125.

36 PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3. Ed. Porto Alegre: Portaria do Advogado, 1999, p. 126.

parte com o fim de demonstrar seu possível direito, e afirma: “todos os meios necessários deverão ser empregados, para que não se manifeste posição privilegiada em prol de um dos litigantes e em detrimento do outro”. Portanto, só se pode afirmar a existência do contraditório e ampla defesa em uma lide, se os direitos forem distribuídos de forma igualitária para ambas as partes.

O princípio da motivação recai, especialmente, no momento da sentença. A motivação está expressa no artigo 93, IX da Constituição Federal e no artigo 489 do Código de Processo Civil de 2015. Conforme Araújo³⁷: “A motivação representa a publicidade do móvel do julgador, permitindo o conhecimento de seus critérios, o que representa forma de controle da legalidade e constitucionalidade do julgamento e permite a revisão da decisão judicial”.

Importante destacar, conforme Wambier e Talamini³⁸ que mesmo se o princípio da motivação não estivesse expresso em legislação, seja na Constituição ou na legislação processual infraconstitucional, sua decorrência é implícita ao modelo político do Estado Democrático de Direito.

O princípio da isonomia encontra base tanto na norma Constitucional no art. 5º do caput, quanto no artigo 139, I NCPC:

CF 88 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade

NCPC Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

Theodoro Júnior³⁹ explica que embora haja normas que garantem a isonomia para ambas as partes no processo, haveria quebra desta isonomia se a escolha do processo a ser julgado, perante os diversos que estão pendentes, pudesse ser feita sem o respeito da ordem cronológica de conclusão.

Ademais, Araújo⁴⁰ destaca a projeção desse princípio como um elemento essencial do contraditório: “[...] pois a igualdade é uma condição de nivelamento de armas no desenvolvimento da relação processual”.

A respeito do princípio do juiz natural, sua localização está no artigo 5º da Constituição Federal em dois incisos: “XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.”

Nota-se que neste princípio traz uma responsabilidade ao julgador da lide, seja no comprometimento e presença, bem como na atenção no momento de ouvir as partes. Araújo⁴¹ demonstra a importância da participação ativa do juiz no processo: “O juiz representa o próprio Estado de Direito, na medida em que as partes abrem mão da autodefesa, confiando a solução de seu conflito ao Poder Judiciário”.

Por fim o princípio da publicidade. Nada mais é que a abertura dos atos a conhecimento público, a fim deste realizar a fiscalização da administração pública, a fim de evitar abusos. Por

37 ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Curso de processo civil: processo de conhecimento e cumprimento de sentença*. t. 2. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 411.

38 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v.1. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 78.

39 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v.1. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 119.

40 ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Curso de processo civil*. t.1. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 120.

41 ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Curso de processo civil*. t.1. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 138.

outro lado, conforme Dinamarco⁴², a publicidade é uma projeção “da garantia constitucional do direito à informação”. Neste sentido, vincula-se a ideia de fiscalização, informação e a transparência dos atos processuais.

4 O PROCESSO COMO INSTRUMENTO PARA O CONHECIMENTO DA REALIDADE E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS

A análise sobre jurisdição, a instrumentalidade do processo e as normas constitucionais como fonte do direito processual, são fundamentos ao tema específico que se propôs esta pesquisa, analisar o processo e sua instrumentalidade para o conhecimento da realidade e efetivação de direitos.

Neste sentido, todo o diálogo para a compreensão da realidade dos fatos que são apresentados ao Poder Judiciário tem como plataforma o processo que serve de instrumento para investigar o que de fato ocorreu e com isso efetivar o direito dentro de um padrão de justiça.

Para isso, alguns pontos são importantes: o conhecimento da realidade, a compreensão do processo de conhecimento, a busca da verdade pelo processo e o dever de motivação.

4.1 O conhecimento da realidade

Bazarian⁴³ diz que no processo do conhecimento participam os sentidos, a razão e a intuição, mas deve ser indagado sobre qual deles seria a fonte, a origem do conhecimento humano.

Há várias teorias que tentam responder esse questionamento, contudo é necessário compreender primeiro o que é conhecer. Para Miguel Reale⁴⁴ “é trazer para nossa consciência *algo* que suponhamos ou pré-supomos fora de nós. O conhecimento é uma conquista, uma apreensão espiritual de algo. Conhecer é abranger algo tornando-nos senhores de um ou de alguns de seus aspectos”.

Hessen⁴⁵ ainda pontua que no processo do conhecimento a consciência e o objeto devem se relacionar com reciprocidade, porém ambos não se confundem, haja vista que “a função do sujeito é aprender o objeto; a função do objeto é ser apreensível e ser aprendido pelo sujeito.”

Entrando nas teorias do conhecimento, a primeira a ser abordada é a do idealismo filosófico. Bazarian⁴⁶ pontua que para os idealistas a consciência é anterior a matéria, sendo esta apenas produto das ideias. Dentro dessa corrente há duas ramificações, sendo: o idealismo objetivo e o subjetivo. Para aquele, o conhecimento verdadeiro é proveniente de uma ideia absoluta “que existiria objetivamente e eternamente, antes e independente da natureza e dos homens, e que teria criado o mundo, o homem e todas as coisas materiais ou que estas seriam apenas cópias, reflexos ou produtos daquela”⁴⁷. Reale⁴⁸ acrescenta que esse idealismo, o de Platão, reduz o real ao ideal, transformando o ser em ideia.

O idealismo subjetivo parte do pressuposto de que “toda a realidade está encerrada na consciência do sujeito”⁴⁹. Reale⁵⁰ explica que para eles as coisas não existem por si mesmas,

42 DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.1. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 307.

43 BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade*. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 1988, p. 99.

44 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 53.

45 HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 20.

46 BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade*. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 1988, p. 54.

47 BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade*. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 1988, p. 54.

48 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 119.

49 BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade*. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 1988, p. 56.

50 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 119.

mas sim, na medida em que são pensadas ou representadas.

Por fim, Hessen⁵¹ afirma que apesar das diferenças essenciais entre as duas correntes a diversidade acaba em uma intuição fundamental comum: o objeto do conhecimento não é algo real, e sim ideal.

Divergindo da corrente idealista tem-se o realismo, e para esta corrente há “a preeminência do objeto, dada a sua afirmação fundamental, de que *nós conhecemos coisas*”⁵². Desse modo, para essa vertente “existem coisas reais, independentes da consciência”⁵³.

Para Reale⁵⁴ quando o homem aceita como real as coisas que sua mente menciona, sem produzir qualquer questionamento, temos o racionalismo ingênuo, que é anterior a filosofia. Porém, “quando o realismo indaga de seus fundamentos e procura demonstrar que suas teses são verdadeiras, é que surge propriamente a atitude filosófica” denominada de realismo tradicional⁵⁵.

Há também o realismo crítico que distingue-se dos outros ao “admitir que conhecer é sempre conhecer *algo* posto fora de nós, mas que, se há conhecimento de algo, não nos é possível verificar se o objeto, que nossa subjetividade compreende, corresponde ou não ao objeto tal como é em si mesmo”⁵⁶.

Sendo assim, “as propriedades ou qualidades da coisa apreendida por nós apenas por meio de *um* sentido, como cores, sons, odores, sabores, etc., existem apenas e tão-somente em nossas consciências”⁵⁷.

Por esta razão, com “exceção feita aos fatores quantitativos (tamanho, forma), tudo mais que é exibido nos conteúdos perceptivos (cor, sabor, etc.) deve ser posto na conta do sujeito”⁵⁸.

Ainda buscando responder qual a origem do conhecimento, há a corrente empírica, tendo como axioma fundamental que “nada existe no intelecto que antes não tenha estado nos sentidos”⁵⁹. Hessen⁶⁰ ainda acrescenta que para os empiristas todos os conhecimentos humanos, até os mais universais, provem da experiência humana.

Importante destacar, ainda sobre o conhecimento, o chamado racionalismo. Bazarian⁶¹ explica que para esta corrente os sentidos enganam, desse modo não podem conduzir a atenção um conhecimento verdadeiro. Assim sendo, apenas a razão poderia alcançar a verdade, haja vista que “um conhecimento é verdadeiro somente quando é logicamente necessário e universalmente válido”.

Continuando na busca da verdade há o dogmatismo, sendo a “corrente que se julga em condições de afirmar a possibilidade de conhecer verdades universais quanto ao ser, à existência e à conduta, transcendendo o campo das puras relações fenomenais e sem limites impostos *a priori* à razão”⁶².

Para Chauí⁶³ o dogmatismo é uma atitude natural e espontânea do ser humano, pois o ser humano acredita que o mundo é exatamente da forma que ele vê. Por fim, Reale⁶⁴ afirma que quase sempre o dogmatismo traduz-se na crença do poder da razão e/ou intuição como

51 HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 84.

52 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 116.

53 HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 73.

54 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 116.

55 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 116-117.

56 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 117.

57 HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 74-75.

58 HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 75.

59 BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade*. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 1988, p. 99.

60 HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 54-55.

61 BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade*. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 1988, p. 100.

62 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 158.

63 CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 2002, p. 94.

64 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 159.

forma de ter acesso ao real em si.

Por fim, é importante mencionar como correntes sobre o conhecer, as correntes subjetivista e relativista, que afirmam que “a verdade certamente existe, mas é limitada em sua validade. Não há verdade alguma *universalmente válida*”⁶⁴.

Hessen⁶⁵ ainda diz que na corrente subjetivista há restrição de validade da verdade a pessoa que conhece e julga. Afirma, ainda, que o subjetivismo “faz o conhecimento humano depender de fatores que residem no sujeito cognoscente” diferente do relativismo, que foca na dependência que o conhecimento tem de fatores externos (a influência do meio ambiente, círculo cultural, época, etc). Entretanto, apesar das divergências, ambas as correntes afirmam que “não há qualquer validade geral, nenhuma verdade absoluta”⁶⁶.

Todas as correntes supracitadas tentaram encontrar um conhecimento real. Para Chauí essa busca pela verdade começa quando alguém vê ou ouve algo novo, com o qual não consegue lidar. Essa dúvida e espanto faz com que o ser humano busque saber o que antes não sabia, a fim de sair do estado de insegurança, ou então de encantamento, assim, “o desejo da verdade aparece muito cedo nos seres humanos como desejo de confiar nas coisas e nas pessoas”⁶⁷.

Destarte, pode-se perceber que a busca do conhecimento da realidade é algo inerente ao ser humano, que aparece na tentativa de suprir as incertezas em relação ao mundo em que vive.

A atividade jurisdicional em um processo judicial necessita da compreensão da realidade do caso submetido/apresentado, o que importa em uma busca pelo conhecer, com isso, uma atividade que envolve uma metodologia para analisar o objeto do conhecimento e a utilização de instrumentos que possibilitem este conhecimento.

Neste sentido, a importância da perspectiva do processo e sua instrumentalidade, pois, para que o direito material seja devidamente aplicado é relevante que os fatos que representam o caso levado ao judiciário sejam compreendidos por meio do processo e seus mecanismos.

Analisando as espécies de processo, conhecimento, execução e cautelar, o processo de conhecimento tem a principal missão de compreender e determinar os fatos.

4.2 O processo de conhecimento como plataforma para busca da realidade

No que diz respeito ao processo de conhecimento no âmbito jurídico, Araújo⁶⁸ explica que a tutela jurisdicional só é possível de constatar por meio de seu procedimento, pois é neste momento que se desenvolve toda a atividade voltada para a certificação da alegação do autor e da defesa do réu. Ou seja, este é o processo que tem por objeto discutir os fatos, a produção de provas, fazer a aplicação de normas jurídicas e finalmente o pronunciamento da tutela jurisdicional.

Theodoro Júnior⁶⁹ explana sobre a cognição e execução. A primeira diz respeito a uma pretensão contestada conjugado com a necessidade de definir a norma aplicável ao caso concreto. Sendo o caso apenas uma insatisfação da pretensão (devido o direito do autor já estar líquido, certo e exigível) será a segunda opção.

Araújo⁷⁰ nos mostra as cinco modalidades de ações utilizadas para a tutela jurisdicional que o processo de cognição engloba: a) declaratória; b) constitutiva; c) condenatória; d)

64 HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 36.

65 HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 36.

66 HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 37.

67 CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 2002, p. 90-91.

68 ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de processo civil*. t.1. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 76.

69 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v.1. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 730.

70 ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de processo civil*. t.1. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 76.

mandamental; e) executiva *latu sensu*. Esta classificação é conhecida como classificação quinária das ações.

A declaratória encontra-se no artigo 20 do NCPC, trata-se do objetivo de sanar dúvidas acerca de determinada existência ou não de uma situação ou uma relação jurídica, como declarar a nulidade de um contrato, assinatura falsa ou até mesmo na declaração positiva em investigação de paternidade⁷¹.

Na segunda, a constitutiva, Wambier e Talamini⁷² elucidam: “visam obter a declaração de um direito acompanhadas da constituição, modificação ou desconstituição de uma situação jurídica”. Os autores citam alguns exemplos, como nos casos de ação constitutiva positiva (de contrato de compra e venda definitivo), constitutiva negativa (anulação de contrato por vício de vontade), e, também, os casos de divórcio (extingue o casamento).

A ação condenatória cria uma relação jurídica obrigacional de forma compulsória, ou seja, ao condenado é determinado uma prestação, podendo ser de pagar um valor, fazer, não fazer, dar ou entregar algo de forma obrigatória. Conforme Didier Jr.⁷³ a ação condenatória promove a afirmação da titularidade do direito à uma prestação, com a condenação do devedor ao cumprimento de tal prestação.

Na classificação tradicional, as ações declaratória, constitutiva e condenatória, encerrariam esta classificação, mas optando pela quinária, desenvolvida por Pontes de Miranda, é preciso incluir a ação mandamental e a executiva *latu sensu*.

Wambier e Talamini⁷⁴ explicam que a mandamental é uma imposição de ordem obtida na sentença, e seu descumprimento significa desobediência perante a autoridade estatal, passível até mesmo de sanção penal (artigo 330 Código Penal – crime de desobediência). Alguns exemplos dados são: sentenças no mandado de segurança ou nas obrigações de fazer ou não fazer.

E por fim, há a executiva *latu sensu*, que é quando a decisão judicial alcança execução de forma imediata, sem precisar de uma eventual fase de cumprimento de sentença. Wambier e Talamini⁷⁵ esclarecem a diferença entre a sentença condenatória da executiva *latu sensu*: “a ação condenatória produz sentença que, se for de procedência, exigirá nova provocação do interessado, pleiteando o cumprimento da sentença. Já a executiva *latu sensu*, não necessita”. Neste sentido, a própria sentença tem força executiva e a coerção é exercida pelo próprio Estado, como, por exemplo, numa reintegração de posse.

Independente da modalidade de tutela jurisdicional que se pretende e da espécie de ação utilizada, o importante para este trabalho é que o processo de conhecimento é o instrumento para se verificar e certificar-se da realidade dos fatos relatados por meio da petição inicial e da contestação, pois, em qualquer das ações anteriormente analisadas o processo de conhecimento utiliza técnicas para certificação da realidade do caso apresentado.

A petição inicial representa o início da demanda e o princípio da inércia, Paula⁷⁶ esclarece: “em vista do Princípio da Inércia do Juiz, o processo civil é marcadamente informado pela iniciativa da parte interessada em provocar a jurisdição”. Quando o autor diz

71 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v.1. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 238-239.

72 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v.1. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 239.

73 DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual Civil, parte geral e processo de conhecimento*. v.1. 19. ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2017, p. 292.

74 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v.1. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 240.

75 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v.1. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 242.

76 PAULA, Jonatas Luiz Moreira de. *Curso de processo civil: processo de conhecimento no novo CPC (Lei nº 13.105/2015 e Lei nº 13.256/2016)*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 37.

“marcadamente”, refere-se ao artigo 2º do CPC: “Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”. Ainda, o início da ação por meio da proposição da parte visa resguardar a imparcialidade do juiz.

Conforme o artigo 319 do Código de Processo Civil, entre os requisitos da petição inicial, em seu inciso III, está a causa de pedir, ou seja, os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, assim, no ato que concretiza sua demanda o autor da ação deve relatar os fatos que determinam o direito pleiteado.

Nota-se que a realidade apresentada ao juízo se dá inicialmente nesse momento, especialmente nos fatos e fundamentos jurídicos (causa de pedir), quesitos estes que irão embasar todo o pedido realizado ao juízo, tal como expõe Wambier e Talamini⁷⁷: “a causa remota consiste nos fatos dos quais o autor diz extrair-se a posição jurídica que ele busca que seja protegida. A causa de pedir próxima é constituída pelos fundamentos jurídicos invocados para a configuração daquela posição jurídica”, e acrescenta “a conjugação do pedido com a causa de pedir (melhor dizendo: o pedido, identificando a luz da causa de pedir) constitui o objeto do processo”. Com isso, fica evidente de que o autor ao demandar uma ação, deve apresentar em sua inicial no mínimo uma relação compatível entre os fatos narrados e seu pedido.

Dinamarco⁷⁸ sobre os fatos argumenta que: “A narração dos fatos deve ser suficiente para permitir ao espírito do juiz o ingresso na lógica da demanda proposta”.

E continua o autor sobre a lógica da demanda proposta:

Essa lógica, qualificada como um silogismo, é comandada pela premissa maior estabelecida na lei, tem por premissa menor os fatos afirmados e conclui com o pedido. A premissa maior é ampla, vaga e abstrata (p.ex., todo aquele que causar dano tem a obrigação de reparar); mas a premissa menor deve ser precisa e conter a história completa dos acontecimentos – incluindo nomes de pessoas, localização no tempo e no espaço e uma versão verossímil capaz de demonstrar que, quando provada sua veracidade, as consequências ditadas pela lei se aplicam.⁷⁹

Em relação à contestação e seu conteúdo, ela deve conter tanto a defesa processual (preliminares) quanto a defesa de mérito, e especificamente em relação aos fatos, deve ser levado em consideração o princípio da concentração que determina a preclusão pela não apresentação da defesa de mérito.

Wambier e Talamini⁸⁰ esclarecem que:

Após as preliminares, incumbe ao réu formular, na contestação, a defesa de mérito, que tanto pode ser direta, se o réu nega os fatos alegados na inicial ou as consequências jurídicas pelo autor pretendidas, como indireta, hipótese em que o réu afirma a ocorrência de fatos capazes de impedir, modificar ou extinguir o direito do autor.

Desta forma, conclui-se que tanto a inicial quanto a contestação fazem exposições sobre os fatos que indicam a realidade ocorrida na relação jurídica.

Presentes as exposições dos fatos pelo autor e pelo réu, a ação percorrerá todos os procedimentos até que se chegue a fase instrutória, ou seja, o momento em que as partes

77 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v.1. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 212.

78 DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.3. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 434.

79 DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.3. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 434.

80 WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v.2. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p.149.

irão produzir provas acerca dos fatos que estão sendo alegados durante o processo, a fim de comprová-los, bem como, proporcionar meios de convencimento para a decisão judicial.

Esta fase é uma das mais importantes para se chegar à realidade do caso apresentado, pois será a oportunidade de comprovação de todos os fatos que se alegam. Paula⁸¹ informa que o processo se aderiu à filosofia positivista, pois, o conhecimento da verdade é verificado por elementos empíricos, como, por exemplo, prova documental e testemunhal, numa perspectiva de racionalidade determinada pelo ordenamento jurídico.

Conforme o artigo 369 do Código de Processo Civil “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos”, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz, ainda que não especificado no Código. Quando se diz “moralmente legítimo”, enseja um pensamento de que é possível a admissão de provas atípicas, que necessariamente não precisam ser documentadas.

Está presente nessa fase de produção probatória um princípio considerado uma garantia ao cidadão, pois, trata-se da proibição de utilizar-se de provas obtidas por meios ilícitos, com embasamento no artigo 5º, LVI, da Constituição Federal.

Sobre os poderes instrutórios do juiz, há a possibilidade do juiz determinar a prova de ofício, como consta no artigo 370 do CPC: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”. O objetivo desse artigo é que quando as provas produzidas pelas partes não são suficientes, o juiz pede de ofício a produção de provas, a fim de que possa elucidar alguns fatos que serão imprescindíveis para seu juízo de valor.

Após esta fase probatória, o juiz, que é o destinatário final das provas, terá maiores condições de, analisando todo o conjunto probatório, formar sua convicção nos limites das provas apresentadas, e, compreendendo com maior amplitude a realidade demonstrada estará preparado para proferir sua decisão.

Uma das importantes reflexões sobre a fase probatória e seu sistema no direito processual, é sobre as provas servirem para a busca da verdade, o que envolve algumas questões: Qual verdade? Há uma verdade absoluta? Quais são os limites da verdade? Tema que é tratado no próximo tópico.

4.3 A verdade processual: a superação dos princípios da verdade real e formal

A ideia de um sistema inquisitório é fundamentada pela busca de uma verdade absoluta, mas tal verdade é inatingível e a insistência pela busca de algo absoluto sempre gerou uma crise no processo, em especial em razão de que neste pensamento absoluto de verdade, as partes passam a ser objeto desta verdade e não os sujeitos de direito.

Esta ideia resultou nos princípios da verdade real e verdade formal, como se houvesse uma verdade fora do processo e outra dentro do processo, a partir das provas produzidas.

Didier Jr., Braga e Oliveira⁸² no sentido da impossibilidade de uma verdade absoluta, com base no pensamento de Michele Taruffo, fazem a seguinte reflexão:

Como dito por Michele Taruffo, nem mesmo a ciência fala mais em verdade absoluta, tema que é dedicado às discussões metafísicas e religiosas.

81 PAULA, Jonatas Luiz Moreira de. *Curso de processo civil: processo de conhecimento no novo CPC (Lei nº 13.105/2015 e Lei nº 13.256/2016)*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 298.

82 DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. v.2. 11. ed. Salvador: Jus Podvim, 2016, p. 53.

Toda discussão sobre a “verdade” há de ser contextualizada e vinculada a uma determinada situação, à informação sobre que se funda, ao método utilizado para estabelecê-la e à validade e eficácia da ferramenta de controle e confirmação. A verdade, portanto, com a qual deve e pode preocupar-se o conhecimento racional – e com a qual se deve preocupar também o processo – é aquela relativa a um determinado contexto.

No mesmo sentido, Theodoro Júnior⁸³ destaca que mesmo que o objetivo específico do processo não seja a busca da verdade real, uma vez que esse elemento absoluto é algo inalcançável pelo juiz, a missão deste é de perseguir a verdade possível dentro de suas limitações humanas, sendo que esta busca representa uma decisão que pode ser considerada justa.

Portanto, é possível inferir que o juiz na perseguição da veracidade das versões expostas a ele, não deve provocar, em hipótese alguma, uma violação do princípio da imparcialidade e independência do juiz.

Após observar as etapas em que o processo se desenvolveu ao longo da história é perceptível que o papel da jurisdição deixou de ser apenas um meio para a solução de conflitos, passando a propiciar não só a realização dos direitos, mas especialmente assegurar a paz social. Além disso, nessa etapa é fundamental a cooperação entre o juiz e a sociedade, uma vez que o objetivo de elidir litígios da forma mais justa e efetiva é desejo tanto dos sujeitos do litígio, quanto da comunidade em geral.

Cabe ressaltar que para essa aplicação da norma mais justa e adequada, o juiz deve ter o conhecimento da realidade dos fatos, a fim de efetivar os direitos. Sendo assim, é importante compreender técnicas, princípios e o próprio direito processual como instrumento para tal.

Para que o processo, em relação à busca da verdade, permaneça no espírito democrático é preciso considerar que esta busca deve ser racional, compreendendo que a verdade ao contexto que é apresentado⁸⁴.

Neste sentido, importante o pensamento de Buffon e Vieira⁸⁵:

Não há qualquer utilidade ou relevância para o Direito, que a doutrina permaneça fragmentando a verdade, como se para cada situação fosse possível a coexistência de diversas verdades subjacentes, cada qual com a sua peculiaridade. Quando se argumenta que existe para um mesmo fato a verdade do autor, a do réu, outra judicial que emerge da sentença e ainda a verdade extraprocessual apreendida somente por quem presenciou a situação em tempo real, pergunta-se: quantas verdades podem coexistir acerca de um mesmo acontecimento? Pois se realmente há inúmeras verdades como ensina parte da doutrina, de antemão já se esbarra em um paradoxo: com tantas verdades contrapostas, a verdade – com a ciência do pleonasma – é que nenhuma delas é verdade.

Assim, é preciso superar a dicotomia da verdade real e formal, e compreender o processo como um método de investigação que tem como objetivo a solução justa do caso, fundamentado no princípio democrático e na busca da verdade possível, uma verdade substancial, frente ao contexto apresentado.

83 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v.1. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 87.

84 DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. v.2. 11. ed. Salvador: Jus Podvim, 2016, p. 53.

85 BUFFON, Marciano; VIEIRA, Gustavo Silveira. O mito da verdade material: análise teórico-epistemológica da legislação relativa ao processo administrativo tributário e sua aplicação pelo CARF. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.33, p 13-27, set./dez. 2017, p. 20-21.

4.4 O convencimento do Juiz e o princípio da motivação

Realizada a análise dos fatos e as provas existentes em todo o período do processo de conhecimento, chega-se então ao momento do juiz proferir sua decisão na sentença. Paula⁸⁶ comentando sobre o significado de sentença, tratada no artigo 203 parágrafo 1º do CPC de 2015 conclui que este novo código conceitua sentença como um ato de extinção de fase processual, e não como ato de julgamento, tendo como conteúdo as hipóteses do artigo 485 ou 487, extinguindo a fase de conhecimento com ou sem exame do mérito.

Porém, independente do conceito que a sentença deva ter em um sistema jurídico, e cada sistema faz suas adequações, a garantia do espírito democrático da sentença, ou de qualquer decisão judicial, é afirmada pelo sistema de convencimento do juiz a partir das provas e por sua fundamentação.

Sobre o convencimento do juiz o Código de Processo Civil de 1973 trazia em seu artigo 131: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

Neste caso, o juiz era livre para formar seu convencimento, acrescentando peso maior ou menor que entender cabível em cada caso. No entanto, esse sistema foi sendo distorcido ao longo do tempo no sentido de uma liberdade ilimitada do juiz na apreciação das provas.

O risco era de que o juiz poderia usar de um poder de escolha de quais provas seriam ou não capazes de formar seu convencimento, gerando uma indignação das partes envolvidas, e até mesmo um ato de injustiça.

Por consequência, o Novo Código de Processo Civil de 2015 retirou a palavra “livre” na formação de seu convencimento, utilizando o sistema da persuasão racional e restabelecendo a imparcialidade do juiz e retirando a possibilidade de uma forma discricionária de agir. Além disso, o novo Código adota a cooperação de todos os participantes do processo para o mesmo fim, que se dá num processo justo.

Sobre o convencimento do juiz Humberto Theodoro Junior⁸⁷ comenta que ao verificar o artigo 371 NCPC, limita-se o juiz em dois aspectos no momento da decisão, a primeira é que essa será baseada apenas nos autos apresentados, já a segunda, necessariamente deverá explicitar os motivos de tal decisão ou convencimento.

No tocante ao primeiro, o artigo 371 NCPC ao dizer: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido”, no que se referem às provas inseridas nos autos, essas não pertencem nem ao autor ou réu, sequer ao juiz, torna-se uma realidade no processo no qual o juiz tem a tarefa de persegui-la sendo vedado a ignorar⁸⁸.

Em relação à fundamentação, está prevista na Constituição no artigo 93, IX, e, também reproduzida pelo NCPC em seu artigo 11: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Quando se trata da decisão judicial em um Estado Democrático as pessoas em geral possuem interesse em saber como o juiz produz sua decisão, inclusive em situações determinadas como um texto vago ou na solução de um assunto que abrange uma grande parcela social, e justamente nestes casos, a forma como ela é compreendida é ainda mais

86 PAULA, Jonatas Luiz Moreira de. Curso de processo civil: processo de conhecimento no novo CPC (Lei nº 13.105/2015 e Lei nº 13.256/2016). 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 411.

87 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v.1. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 87.

88 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v.1. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 80.

importante, por isso a necessidade de uma justificativa da decisão, visto que isso contribui para o grau de entendimento e certeza do direito⁸⁹.

Neste momento processual da formação da sentença, é preciso observar a imprescindibilidade na utilização de alguns princípios, tais como o da imparcialidade, igualdade, e principalmente motivação da sentença (princípios já percorridos no trabalho).

Faz-se importante ressaltar o relevante papel da motivação da sentença neste momento da ação, ela é o elemento que sustenta o corpo da sentença, bem como acrescenta Araújo⁹⁰: “O Estado de Direito não permite que a motivação das decisões judiciais nasça *sponte propria*, ou seja, de forma arbitrária, mas, sim, com base na norma jurídica e com o subsídio das provas carreadas ao processo, em amplo contraditório”. Conforme o autor a motivação deve refletir de forma analítica toda a atividade realizada pelas partes no processo, protegendo tanto os direitos materiais quanto processuais, que é garantia do Estado de Direito.

O artigo 489 do Código de Processo Civil apresenta os elementos essenciais da sentença, o relatório, os fundamentos e o dispositivo. Importante ressaltar que sobre os fundamentos o código deixa claro que é o elemento da sentença “em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”, assim, ao identificar os elementos essenciais fica evidente que há um dever do juiz em fundamentar, analisar as questões trazidas pelas partes, concretizando os argumentos já apresentados da decisão judicial em um Estado Democrático de Direito.

Mas o ponto mais relevante deste CPC de 2015 sobre as decisões judiciais, assim, se aplicando a sentença, está nos parágrafos do artigo 489:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

O Código de Processo Civil de 2015 fortaleceu o dever de fundamentação das decisões a partir de hipóteses em que “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial”, impedindo fundamentações com a citação apenas do ato normativo, vagas, genéricas, sintéticas e contrárias ao pensamento jurídico consolidado na jurisprudência sem a devida justificação.

Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero⁹³: “O novo Código dedicou especial atenção à

89 MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 135-136.

90 ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de processo civil*. t.1. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 154.

fundamentação da sentença no que tange à interpretação do direito.” E ainda, os autores fazem uma conclusão do que seja considerada uma decisão fundamentada conforme os artigos 93, IX, da Constituição, e os artigos 7º, 9º, 10, 11 e 489 do Código de Processo Civil, sendo exigido desta decisão:

i) a enunciação das escolhas desenvolvidas pelo órgão judicial para, i.i) individualização das normas aplicáveis; i.ii) verificação das alegações de fato; i.iii) qualificação jurídica do suporte fático; i.iv) consequências jurídicas decorrentes da qualificação jurídica do fato; ii) o contexto dos nexos de implicação e coerência entre tais enunciados e iii) a justificação dos enunciados com base em critérios que evidenciam ter a escolha do juiz ter sido racionalmente apropriada⁹⁴.

Analisando as exigências levantadas pelos autores citados para que uma decisão seja considerada fundamentada, está evidente que o Código mudou de patamar a aceitação das fundamentações, descartando um comodismo judicial no momento de explicar os motivos que levaram à decisão, demonstrando que há uma responsabilidade em promover de forma analítica a verificação do que foi debatido pelas partes em um processo, tanto numa ordem fática, quanto jurídica.

Neste sentido, há um dever do juiz de apurar os fatos que compuseram a relação jurídica discutida no processo, e de que a sua percepção destes fatos, bem como sua qualificação jurídica e todas as consequências decorrentes dos fatos, deva estar devidamente explicada no momento da sentença, desta forma, garantindo que o processo foi a plataforma adequada para o conhecimento da realidade dos fatos e preservando a instrumentalidade para a justa aplicação do direito material.

5 CONCLUSÃO

O processo é um instrumento para o exercício da jurisdição, mas, ao mesmo tempo que serve para o Estado cumprir sua atividade jurisdicional, o processo é disponibilizado à sociedade para dar efetividade aos direitos, adequando-se ao perfil democrático de um Estado Constitucional, assim, o processo não tem como meta apenas sua própria técnica e um escopo jurídico, pois, em razão de ser um espaço de discussão e de concretização dos direitos materiais, demonstra os escopos social e político.

O estudo analisou a forma como os conflitos chegam até o conhecimento do julgador, de que forma ele toma ciência dos fatos e das questões jurídicas envolvidas, ou seja, promove conhecimento da realidade (tanto pelo ponto de vista filosófico e jurídico) e forma seu convencimento, aplicando adequadamente o direito.

Ficou evidente que no processo a verdade absoluta é inalcançável, mas que a busca de se chegar o mais próximo de uma verdade deve ser racional e em um processo democrático. Para isso, para que o processo como método de investigação seja eficiente, é necessária a apresentação dos fatos e fundamentos na inicial, especialmente a correlação destes com o pedido de determinada tutela jurisdicional, bem como na contestação, tendo em vista que no

91 MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 135-136.

92 ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de processo civil*. t.1. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 154.

93 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v.2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 442.

94 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v.2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 443.

final, a sentença será justamente o reflexo da compreensão dos fatos.

Para que a sentença seja efetivamente o reflexo de todas as discussões envolvidas no processo, especialmente para que seja compreendida a realidade dos fatos que determinaram a relação jurídica discutida e para que a sentença represente a justiça sobre esta relação, há o dever da fundamentação que requer análise profunda sobre o conteúdo probatório e a devida motivação das escolhas realizadas pelo juiz.

Por fim, para que se exista um processo justo, é imprescindível a observância de técnicas, procedimentos e princípios processuais aplicados que limitam atos que contenham imparcialidades, obscuridades e injustiças, realizando assim, o mais importante e fim social para qual o processo foi constituído.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fabio Caldas de. *Curso de processo civil*. t. 1. São Paulo: Malheiros, 2016.

ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Curso de processo civil: processo de conhecimento e cumprimento de sentença*. t. 2. São Paulo: Malheiros, 2020.

BAZARIAN, Jacob. *O problema da verdade*. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 1988.

BUFFON, Marciano; VIEIRA, Gustavo Silveira. O mito da verdade material: análise teórico-epistemológica da legislação relativa ao processo administrativo tributário e sua aplicação pelo CARF. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.33, p 13-27, set./dez. 2017.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 12. ed. São Paulo: Ática, 2002.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.1. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v.3. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual Civil, parte geral e processo de conhecimento*. v.1. 19. ed. Bahia: Editora Juspodivm, 2017.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. v.2. 11. ed. Salvador: Jus Podvim, 2016.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. v.1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v.2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Direito processual civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. *E-book*.

PAULA, Jonatas Luiz Moreira de. *Curso de processo civil: processo de conhecimento no novo CPC* (Lei nº 13.105/2015 e Lei nº 13.256/2016). 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 3. Ed. Porto Alegre: Portaria do Advogado, 1999.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v.1. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v.1. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. v.2. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

Recebido em: 29/11/2019

Aprovado em: 27/11/2020

Como citar este artigo (ABNT):

TURBAY JUNIOR, Albino Gabriel; SOUZA, Ana Cláudia do Nascimento de; BALAN, Thaís Nakaoka. O processo como instrumento para o conhecimento da realidade dos fatos e efetivação de direitos. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.41, p.172-191, maio/ago. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/12/DIR41-09.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.