

OS PODERES DO JUIZ NA DIREÇÃO E NA INSTRUÇÃO DO PROCESSO

E. D. MONIZ DE ARAGÃO

1. O tema proposto a exame oferece margem de debate sobre toda a problemática do Direito Processual e proporciona assunto para ampla análise de seus princípios fundamentais. Constitui outrossim pedra-de-toque da modernidade das idéias que os informam, ou do aferramento a teses conservadoras que neste século estão sendo paulatinamente superadas. Esta breve intervenção, todavia, restringir-se-á a algumas considerações sobre o papel destinado ao magistrado — seus poderes portanto — no que concerne à produção e à apreciação da prova, ao que parece o mais importante aspecto da questão no que diz respeito ao processo de conhecimento.

Para o enfoque proposto neste momento assume particular importância o confronto de duas relevantes disposições inscritas no Código de Processo Civil brasileiro: os arts. 262 e 130. Diz o primeiro: “O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.” Diz o segundo: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.” Do contraste dessas regras resulta muito claramente que o juiz assume o comando do processo tão logo o interessado lhe tenha dado o impulso inicial e o conduz de então por diante até o momento de proferir a sentença, ocasião em que entra em cena uma terceira disposição, cuja importância não é menor que a das outras duas já mencionadas: a do art. 131: “O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

2. Essa ampla liberdade de atuação que a lei lhe assegura não o torna, porém, senhor absoluto da instrução probatória. Outras normas, que traçam o balizamento do sistema do Código,

mostram que sua atividade em princípio deve ser complementar. É o que deflui, por exemplo, do disposto nos arts. 282, inc. IV, 300, *in fine*, 418, 437, 440. Compete às partes a alegação dos fatos que delimitam a causa de pedir e lhes incumbe outrossim produzir a prova de sua ocorrência. Ao juiz não cabe a missão de agir em lugar do litigante, fazendo-lhe as vezes, e investigar os fatos aduzidos a ver se realmente ocorreram e se confirmam a versão do interessado. Em caso algum poderá agir como o delegado de polícia a quem é noticiada uma infração penal, que se põe em campo para pesquisar o ocorrido até elucidar integralmente o acontecimento. Isso a lei não consente ao juiz, nem mesmo quando o litígio submetido à sua apreciação envolve interesse público, por mais importante que seja, tampouco no caso de ser indisponível a relação jurídica sobre que versa o processo. Não procede, pois, a suposta vinculação da liberdade de atuação conferida ao juiz à natureza ou relevância da relação jurídica ou do interesse envolvido no processo. A limitação se explica, então sim, pela conveniência de preservar o julgador do risco de imiscuir-se na indagação dos fatos da causa e com isso perder, ainda que insensivelmente, a noção de imparcialidade, de alheamento pela boa ou má sorte das alegações de cada parte, que é essencial ao julgamento do litígio. Para afastar esse perigo sua participação deverá necessariamente ater-se ao princípio do contraditório e desenvolver-se com pleno conhecimento e sob fiscalização de ambos os litigantes.

Mas também as limitações, que denotam ser complementar a atuação do juiz, não têm valor absoluto, porque em certos casos a lei lhe atribui o dever de desencadear a instrução probatória, como sucede, por exemplo, em relação ao incidente de falsidade (art. 392, *in fine*) ou à divisão e demarcação de terras particulares (arts. 956, 969 e 971, parág. único), processos nos quais a iniciativa da investigação dos fatos da causa, mediante diligências técnicas, é encargo do próprio julgador. Outra fresta aberta na tese da atuação complementar consiste, por exemplo, no interrogatório das partes (art. 342) ou em seu depoimento (art. 343), atos que lhe cabe determinar de ofício e que propiciam a oportunidade de informar-se livremente de tudo quanto parecer conveniente ou necessário saber em torno da controvérsia. Naturalmente após essas indagações poderá prescrever todos os atos probatórios autorizados pelo art. 130, que se lhe afigurarem proveitosos ao esclarecimento da verdade.

O exame do Código brasileiro revela serem muito amplos os poderes do juiz na direção e na instrução do processo; ultrapassam os tradicionais limites que é comum respeitar em homenagem ao

princípio dispositivo. Lamentavelmente não são postos em prática pelos juízes com a frequência que seria desejável e que melhor proporcionaria à lei processual atingir plenamente seus elevados objetivos.

3. Não faria sentido, porém, investir o juiz de largos poderes para dirigir e instruir o processo e não lhe conceder autoridade igualmente ampla para julgá-lo, isto é, para avaliar a prova coligida, pois a sentença é o objetivo natural de toda a atividade praticada no processo. Sob esse aspecto o Código brasileiro é coerente, como também era a lei anterior, pois atribui grande autonomia ao magistrado para formar seu convencimento, apreciando “livremente a prova”, mesmo com relação a “fatos constantes dos autos”, mas “não alegados pelas partes” — no que excede seu congêneres português, cujo art. 664, parte final, restringe o conhecimento do julgador aos “factos articulados pelas partes”.

Reputo oportuno abrir um parêntese neste momento para examinar brevemente o tema proposto na tarde de ontem pelo Prof. Antunes Varela: introdução no Brasil dos questionários adotados no Código português. A meu juízo, a diversa estruturação das duas leis no que tange à possibilidade, que no Brasil se admite, de o juiz atender aos “fatos constantes dos autos ainda que não alegados pelas partes”, aponta em direção contrária ao rumo sugerido pelo eminente jurisconsulto. A livre atuação do julgador no interrogatório das partes e das testemunhas, que lhe propicia ir mais fundo na tentativa de descobrir a verdade, afigura-se corolário desse preceito, cuja aplicação tem produzido bons frutos. Posto que em princípio tais fatos não devem ser os que constituem a pretensão ou a exceção, isso não afeta a eficácia da regra legal brasileira, seja porque os chamados fatos simples podem influir sobre a versão em que as partes apóiam suas alegações, seja porque podem embasar questão que o juiz deva conhecer de ofício, denominadas objeções, seja porque, finalmente, o magistrado pode e deve tomar em consideração os fatos supervenientes, incluídos os constitutivos da pretensão ou da exceção, como dispõe o art. 462. Aduzo estas poucas palavras como contribuição desprezível à análise da sugestão que o ilustre mestre formulou.

Sempre se conferiu aos magistrados maior desenvoltura no exame da questão de direito do que no da questão de fato. É sugestiva a esse propósito a primeira parte do aludido art. 664 do Código português (“O juiz não está sujeito às alegações das partes no tocante à indagação, interpretação e aplicação das regras de direito”) cujos dizeres são inteiramente aplicáveis no Brasil, conquanto a lei processual não contenha disposição semelhante. Tam-

bém esse preceito, aparentemente muito aberto, sofre necessárias reduções, pois a autonomia no julgar está delimitada pela causa de pedir (ou de excepcionar); o art. 128 é expresso a respeito e bem denota, em tese, a submissão do processo ao princípio dispositivo.

Em contrapartida, sempre se confinou a indagação do julgador no que concerne à questão de fato, seja excluindo os fatos que não estão comprovados regularmente no processo, salvo o notório; seja subtraindo à sua consideração fatos não alegados; seja, finalmente, constringendo-o a admitir como demonstrados, ou não, fatos a cujo respeito o próprio legislador traça regras de avaliação — prova legal.

Quanto à primeira restrição, merece aplauso, pois o julgamento há de basear-se em fatos cuja demonstração tenha sido feita regularmente; sob o controle de ambas as partes. A exceção aberta para o notório não infringe o princípio do contraditório e por isso é universalmente aceita. Quanto à segunda, porém, não merece encômios, razão por que é digna de elogio a norma do Código brasileiro, que a afasta nos termos acima recordados. A possibilidade de considerar fatos não alegados pelas partes mas regularmente comprovados no correr do processo é medida salutar. Todavia não autoriza o julgador a transpassar as fronteiras acima referidas, com vistas à causa de pedir ou de excepcionar. Se se tratar “de questões... a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte”, incide a proibição do art. 128 para os fatos que as consubstanciam, mesmo quando notórios.

Quanto à terceira restrição, impõe-se examinar sob dois aspectos o problema da chamada prova legal, que somente em relação a um deles constitui verdadeira diminuição da liberdade de convencimento do juiz. É comum falar-se de prova legal a propósito de casos nos quais a lei traça regras de forma para a existência ou a validade de atos ou negócios jurídicos. Nesses, porém, parece que em verdade não há mutilação do livre convencimento do julgador, pois se trata de normas de direito material sobre a criação do ato ou negócio jurídico e tais regras incumbe ao juiz aplicar; não são preceitos sobre a aferição do maior ou menor préstimo do material probatório colhido no processo e destinado a possibilitar ao magistrado a elaboração das operações lógicas em que consiste o julgamento. Por conseguinte, não se cuida de balizar o convencimento do juiz mas de dispor sobre como as pessoas deverão proceder ao avançar relações jurídicas. Escritor por demais conhecido afirmou que “Na prova legal o momento probatório apresenta-se ao espírito do legislador, antes que ao do juiz; o legislador, partindo de considerações de normalidade geral, fixa em abstrato o

modo de coligir determinados elementos de decisão, subtraindo essa operação lógica às que o juiz livremente realiza para formar a própria convicção.” * Regras de limitação à construção do convencimento do julgador — de prova legal, portanto — são as antigas (hoje em desuso) determinações quanto à exigência de um número mínimo de testemunhas concordes, ou quanto à credibilidade atribuída ao depoimento em função do sexo ou do *status* do depoente. Regras de limitação à formação do convencimento do julgador — prova legal, portanto — são as que excluem o cabimento da demonstração por testemunhas de contratos de valor acima de certa quantia, mesmo que a lei não subordine sua existência ou validade a regras de forma. Regras de limitação à formação do convencimento do julgador — de prova legal, portanto — são as que atribuem eficácia predeterminada a certos meios de prova; a afirmação, por exemplo, de alguns documentos constituírem “prova plena”, com o que pode ficar reduzida a zero a possibilidade de estimá-los adequadamente no conjunto das demais provas colhidas no processo. Isto sim são regras de prova legal — excepráveis, por sinal.

Da primeira hipótese cogita o Código brasileiro em seu art. 366: “Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.” Forçoso é convir que essa norma não constitui propriamente regra de prova legal, pois não visa a prefixar o modo de formar-se o convencimento do julgador. Trata-se de texto até certo ponto inócuo, pois a forma consubstancial ao ato ou negócio jurídico terá de ser sempre acatada, independentemente de o Código de Processo dizer o que diz. Cogita igualmente da outra hipótese: exclusão da prova meramente testemunhal para demonstrar contratos de valor excedente ao “décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados” (artigo 401). Não cogita o Código brasileiro, porém, de preestabelecer o valor ou a eficácia probatória de certos meios de prova, como a indicação do número mínimo de depoimentos concordes ou da qualidade das testemunhas para o fato ser admitido como comprovado, o que na atualidade seria inconcebível. Mas também não atribui eficácia de “prova plena” a meio algum de prova, o que, isto sim, o credencia à admiração; sob esse aspecto a lei brasileira está acima de preconceitos e só merece aplausos.

A começar pelo Regulamento 737, de 1850, que de modo incipiente preceituava ao juiz proferir a sentença “segundo for provado nos autos” (art. 231) — embora mantivesse o tradicional

* CHIOVENDA, *Instituições*, trad. bras., § 55, n.º 322, III/93.

tarifamento da prova: *v.g.*, os arts. 140 e 141, que dispunham sobre a “prova plena absoluta” e a “prova plena relativa” — e lhe facultava ordenar de ofício diligências probatórias para melhor se esclarecer antes de julgar (art. 230); passando pelo disposto no Código de Processo da Bahia, que liberava o julgador para pronunciar-se “de acordo com a sua convicção” (art. 306), para chegar ao Código de 1939, cujo art. 118 consagrou essa orientação, que o atual mantém, os brasileiros podem vangloriar-se de haver proporcionado a seus juizes o melhor instrumental de que poderiam carecer para encontrar a verdade e julgar conscientemente.

Inspira cuidados, no entanto, o projeto de Código Civil ora em tramitação no Parlamento, no qual a parte geral (Livro III) dedica um Título (V) à prova, nele inserindo várias disposições condenáveis, entre as quais avulta a de seus arts. 215, *caput*, e 225, que em manifesto retrocesso atribuem eficácia de “prova plena” a certos documentos, com o que poderá vir a ficar cerceada a liberdade de formação do convencimento do julgador, *capitis diminutio* essa que, além de em nada contribuir para o progresso ou engrandecimento da ciência do direito, obstaculiza o descobrimento da verdade, assim comprometendo uma das mais preciosas conquistas do processo.

A intervir em temas de direito probatório disciplinados no Código de Processo Civil, caso seria, não de estabelecer, no Código Civil, maiores barreiras — como a instituição da “prova plena” — mas, respeitada a autonomia do direito processual, isso sim, estudar a conveniência de alargar as fronteiras do livre convencimento no que tange, por exemplo, à prova testemunhal, ainda sujeita a cerceamentos cuja utilidade é questionável.