

OS PODERES DO JUIZ NA DIREÇÃO E NA INSTRUÇÃO DO PROCESSO

(Confronto dos sistemas vigentes nos direitos português e brasileiro)

MUNIR KARAM

Juiz de Direito no Estado do Paraná
Professor na Universidade Estadual
de Maringá

SUMÁRIO: 1. O princípio dispositivo e o poder inquisitório do juiz. 2. As fases da instrução probatória. 3. A natureza e a extensão do poder inquisitório no direito brasileiro e no português. 4. O poder inquisitório do juiz em face dos efeitos da revelia.

1. O objetivo de reunir eminentes juristas portugueses e brasileiros, em torno de um sugestivo temário de direito privado e processual, promovendo um expressivo intercâmbio cultural entre as duas pátrias, só poderia tornar-se possível sob a égide do nosso INSTITUTO DE DIREITO COMPARADO LUSO-BRASILEIRO, que tem a sua direção realçada pelo trabalho culto e infatigável do Prof. FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO.

A comunicação pretende contribuir no debate do tema sobre os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. O tema traz interesse porque os novos tempos alargaram os poderes do juiz na condução do processo. A imagem do magistrado inerte não mais se compagina com os imperativos da evolução social, com a necessidade de reprimir a deslealdade processual e a de dar maior celeridade aos feitos, proporcionando uma decisão que mais se aproxime da verdade real.

Há uma identificação muito acentuada entre os sistemas adotados no processo civil do Brasil e de Portugal. Nota-se, porém, uma certa preocupação em definir corretamente os "poderes" do juiz, no campo probatório, para que este avanço não conduza ao excesso de produzir efeitos contrários e indesejáveis. Ao papel do juiz *espectador*, não se pode desejar que, por um movimento pendular, se passe ao extremo oposto: que se converta o juiz cível em um *inquisidor* (no sentido idiomático, sem pejoração) e, para sê-lo à perfeição, em um *ditador*.

Frente ao clássico juiz *espectador* do processo, não se deve colocar a figura do juiz *ditador*, senão que outra, não já intermédia senão distinta de ambos, que é a do juiz *diretor*.¹

Os Códigos de Processo Civil do Brasil e de Portugal, embora adotassem o sistema dispositivo, cuidaram de reforçar a autoridade do juiz.

A rubrica do art. 264 do Código de Processo Civil português, denotando o sistema misto adotado, traz este enunciado: "Princípio dispositivo. Poder inquisitório do juiz". O inciso primeiro dispõe que "a iniciativa e o impulso processual incumbem às partes", mas o inciso terceiro estabelece o contraponto, ao dispor que "o juiz tem o poder de realizar ou ordenar officiosamente as diligências que considere necessárias para o apuramento da verdade, quanto aos fatos de que lhe é lícito conhecer".

Este inciso terceiro encontra correspondente no art. 130 do nosso "codex": "Caberá ao juiz, de officio ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias."²

O princípio dispositivo ficou assim temperado pelos poderes conferidos ao juiz na direção do processo. A atividade relativa à procura e escolha dos fatos por provar compete, em princípio, à iniciativa das partes. Mas o juiz pode de officio ordenar diligências que se lhe prefigurem necessárias a formar sua convicção, sendo-lhe permitido a livre apreciação da prova constante dos autos, ainda que não proposta pelas partes.

Mas o princípio dispositivo, inobstante estas limitações, subsiste no sistema processual civil. Não haveria como se falar em ônus da prova, em um sistema onde a sua indicação coubesse ao juiz, como às partes. Em decorrência do acolhido princípio da disponibilidade é que se estabeleceram as regras do ônus da prova. Cabe à parte propor as provas que julge necessárias, sem confiar na iniciativa do juiz ou contar com a colaboração do adversário.

2. O processo probatório compreende dois momentos: o da *indicação das provas* pelas partes e o da *produção das provas*. Indicar a prova é ato dispositivo da parte, pela qual ela coloca em juízo as provas que pretende ver produzidas. Por produção da prova

1 ALCALÁ ZAMORA foi o expositor que de maneira mais clara traçou estas três figuras do juiz (Cf. SENTÍFS MELENDO, *La prueba*, p. 200 e segs.).

2 Este princípio remonta às Ordenações Filipinas (Livro III, Tít. 66, princípio). O Código de Proc. Civil de 1939 era mais cauteloso, quando dispunha que o juiz **poderá** ordenar as diligências necessárias à instrução do processo ... (art. 117). A mesma redação é encontrada no Código baiano (art. 127), no Regulamento 737 (art. 230) e na Consolidação Ribas (art. 477).

entendem-se os atos tendentes à sua formação: interrogatório, depoimentos, perícia, inspeção, etc.

A atividade do juiz, relativamente à indicação da prova, deve ser meramente supletiva da iniciativa dos litigantes. Repita-se a lição de AMARAL SANTOS: "O princípio de disposição das partes, nesse particular, era apenas refreado, como no direito pátrio anterior, pelo poder de iniciativa do juiz nos casos em que houvesse necessidade de se esclarecer a verdade, sem o que não seria possível, de consciência tranquila, proferir sentença." ³

O poder do juiz deve se fazer presente na fase de *produção de provas*. Nesta fase probatória, a iniciativa é toda do juiz, *as partes o secundam*. Em todas as provas a atuação do juiz se manifesta imediatamente, pondo-se ele em contacto direto com as partes, com o perito, com as testemunhas, com as coisas.

O escólio de ALBERTO DOS REIS ainda soa atualizado para a vigente lei processual portuguesa: "O poder de *promoção* que o Código confere ao juiz deve ser exercido como *complemento* (grifei) da atividade desempenhada pelas partes. O juiz deve aguardar a iniciativa destas; depois de verificar que as partes não requereram determinadas diligências ou não ofereceram certas provas que ele reputa necessárias para a descoberta da verdade, é que fará uso da sua própria iniciativa. Na fase da *produção das provas* acentua-se e intensifica-se a característica da atividade e autoridade do juiz. É precisamente neste estágio processual que mais convém dar realização efetiva ao princípio dominante no processo civil moderno: a direção do processo deve estar nas mãos do juiz, em vez de ser abandonada ao arbítrio das partes. O juiz deve dispor dos poderes necessários para encaminhar rapidamente a causa para o seu termo natural: a declaração da vontade da lei em relação ao caso particular do litígio; deve ser colocado em condições de desempenhar o papel de condutor ativo, solícito e soberano." ⁴

Na prática jurídica, porém, nem sempre é fácil qualificar os atos das partes e os poderes do juiz. É preciso saber estremar a indicação das provas da sua produção. Se solaparmos por inteiro o princípio dispositivo, a atividade do juiz haverá de extrapolar, para invadir o espaço reservado à atuação das partes.

3. SENTÍS MELENDO procurou estabelecer um critério para fixar com maior clareza a flutuante linha entre dois campos. Partiu ele da distinção entre *fonte* de prova e *meio* de prova: "A fonte será

³ AMARAL SANTOS, *Prova judiciária no cível e comercial*, vol. 1, p. 124, Editora Saraiva, 5.^a edição.

⁴ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, vol. III, p. 253-254.

anterior ao processo e independente dele; o meio se formará durante o processo e pertencerá a ele; a fonte será o substancial e material; o meio será o adjetivo e formal.”⁵ A testemunha e seu conhecimento dos fatos existem antes do processo e são a *fonte da prova*; o depoimento se produz no processo e constitui *meio de prova*. Fixados estes conceitos, para SENTÍS MELENDO resulta claro que o princípio dispositivo se refere e se aplica às *fontes*: a parte *dispõe* das fontes; o juiz *dirige* os meios.⁶ Cabe à parte indicar a testemunha e ao juiz a sua inquirição.

A distinção proposta por SENTÍS MELENDO não pode prevalecer diante da hipertrofia dos poderes atribuídos ao juiz. Mas é preciso bem interpretar as linhas do sistema, para impedir que a atividade do juiz resulte em arbítrio absoluto.

É necessário insistir no ponto em que a atividade do juiz, no campo da iniciativa da prova, é meramente *supletiva*.

O juiz pode ordenar as diligências necessárias à instrução do processo apenas em determinadas hipóteses, que dizem respeito mais ao dever que tem de decidir com acerto e justiça do que propriamente ao interesse das partes, ou, ainda, que dizem respeito à matéria de ordem pública.

Certamente será esta a hipótese quando o juiz encontrar-se em estado de perplexidade diante da insuficiência da prova ou estiver diante de um conflito de provas e perceber que o impasse poderá ser dirimido mercê de outras provas admissíveis no processo.

Entende-se assim porque o legislador brasileiro, ao dispor sobre a iniciativa das provas, colocou as atribuições do juiz em um plano mais discreto. O juiz pode determinar de ofício a exibição parcial dos livros e documentos (art. 383 do CPC), mas a exibição integral apenas a requerimento das partes. Incumbe às partes indicar o rol de testemunhas (art. 407 do CPC), podendo o juiz ordenar de ofício a inquirição das testemunhas referidas e a acareação (art. 418, inc. I e II, do CPC). A perícia também é de iniciativa da parte, embora o juiz possa formular os quesitos que entender necessários (art. 426, inc. II, do CPC).

A inspeção judicial, importante inovação no processo brasileiro, também possui um caráter complementar (art. 440, CPC).

No processo civil português, embora não haja um sistema inquisitório radical, os poderes conferidos ao juiz são mais amplos. Como também ocorre no processo civil pátrio (art. 342), pode o juiz ordenar que as partes e os seus representantes compareçam para prestar esclarecimentos que lhes forem pedidos (art. 265 do CPC

⁵ SENTÍS MELENDO, *La prueba* (Los grandes temas del derecho probatorio), p. 156.

⁶ SENTÍS MELENDO, *id.*, *ibidem*, p. 169.

português). Pode requisitar informações, pareceres técnicos, plantas fotográficas, desenhos, objetos ou outros documentos necessários ao esclarecimento da verdade (art. 535, I, do CPC português). Pode, ainda, por sua iniciativa, inspecionar coisas ou pessoas (art. 612 do CPC português). Pode também ordenar que determinada pessoa seja notificada para depor como testemunha (art. 645 do CPC português).

Claro está que a posição do juiz emerge e se fixa em primeiro plano, na fase da *produção* de provas. Neste estágio, as partes o secundam. A atuação do juiz se manifesta de imediato, pondo-se em contacto direto com as partes, com o perito, com as testemunhas, com as coisas.

O perigo que se afigura é o de entregar ao juiz todo o poder inquisitório. Como adverte PONTES DE MIRANDA, é uma entrega de poder que os povos mais experientes, de mais alto grau de civilização, não ousaram reeditar desde séculos. E acrescenta o grande jurista brasileiro: "Dar ao juiz o direito de ordenar produção de testemunhas que as partes não ofereceram, ou mandar que se exibam documentos, que se acham em poder da parte, e não foram mencionados pela parte adversa, ou pela própria parte possuidora, como probatórios de algum fato do processo, ou deliberar que uma das partes preste depoimento pessoal, é quebrar toda a longa escadaria, que se subiu, através de cento e cinquenta anos de civilização liberal."⁷

4. Diante de tais considerações, não se deveria cogitar de que pudesse o juiz determinar provas, em face dos efeitos da revelia.

Mas esta indagação está predeterminada por outra, que consiste em saber se o efeito da revelia dispensa o autor do ônus da prova.

A doutrina brasileira divide-se no trato da tormentosa questão. Para inúmeros autores, trata-se de "presunção absoluta", que uma vez reconhecida retira ao réu o direito à prova contrária. Assim pensam FREDERICO MARQUES (*Manual de Processo Civil*, 2.º vol., p. 246), PONTES DE MIRANDA, antes referido (ob. cit., tomo IV, p. 179 e segs.) e RITA GIANESINI (*Da revelia no processo civil brasileiro*, p. 74 e segs.).

Mas a grande parte reluta em aceitar a inflexibilidade com que o Código trata o revel. Recorrem ao princípio da livre apreciação da prova, para sustentar que resulta da revelia apenas uma "presunção relativa". Alinham-se entre estes autores ADA PELLEGRINI

⁷ PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo II, p. 374.

GRINOVER (*Direito Processual*, p. 25), SÉRGIO S. FADEL (*Cód. de Proc. Civil comentado*, tomo II, p. 174), WELLINGTON MOREIRA PIMENTEL (*Comentários ao Cód. de Proc. Civil*, vol. III, p. 329 e 330), HUMBERTO PIRAGIBE MAGALHÃES (*Prova em processo civil*, p. 11 e segs.) e ALEXANDRE DE PAULA (*Cód. de Proc. Civil anotado*, vol. II, p. 153).

A verdade está no meio. A regra do art. 319 do CPC não gera qualquer tipo de presunção. É uma técnica que obriga o réu a assumir o ônus decorrente do princípio dispositivo, sob risco de simplificação do processo. A revelia importa a veracidade dos fatos do autor, libera-o do ônus de provar os fatos constitutivos do pedido, retira do réu o direito à prova em contrário, isenta a causa da necessidade de instrução.

Se tudo isto é correto, não se pode porém chegar ao extremo de sustentar que o juiz possa decidir reputando como verdadeiros os fatos afirmados pelo autor, ainda que resulte o contrário do conjunto probatório.

O autor pode instruir a petição inicial com documentos ou mesmo com prévia justificação judicial. E o juiz deve julgar com base em tais provas, e não apenas nos fatos afirmados pelo autor. O juiz, ao decidir, deverá atender “aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes” (art. 131, CPC). Deve haver uma correspondência lógica entre afirmação-fatos-prova-sentença.

É preciso ficar bem claro: a regra do artigo 319 do CPC dispensa o autor de produzir a prova dos fatos alegados. Mas, se prova porventura houver, deve o juiz nela fundamentar a sua sentença, desprezando as limitações impostas pelo citado dispositivo. Não se pode pedir ao juiz que decida violentando a sua convicção, em nome de uma simplificação que não pode subverter os princípios básicos do processo civil.

E a tanto não autoriza o sistema do Código, que tal decisão assim aberrante ficaria sujeita à ação rescisória.

A propósito de ação rescisória, com fundamento na falsa prova (art. 485, inc. VI, do CPC), assim escreve CALMON DE PASSOS: “No processo em que houve contumácia quanto aos fatos, qual o elemento de confronto do magistrado? As alegações feitas pelo autor em sua inicial. Nelas, toda a prova dos autos, porque, dada a preceituação do art. 319, da circunstância de inexistir contestação derivou a admissibilidade, pelo magistrado, dos fatos do autor como verdadeiros. Haverá, por conseguinte, falsa prova sempre que os fatos alegados pelo autor, e admitidos pelo juiz, não forem ver-

dadeiros. E a inverdade desses fatos, quer por inexistentes (jamais ocorreram), quer por discordantes (ocorreram de modo diverso do narrado), *poderá ser objeto da rescisória do revel [grifei].*"⁸

Seria um contra-senso que o Código de Processo Civil admitisse ao juiz julgar contrariamente à prova, em caso de revelia, e, após, autorizasse a rescisão da sentença exatamente por este motivo.

E pode-se ir além. Não admitindo a imposição sem ressalvas do preceito legal, entendo que o juiz incide em *erro de fato*, se existe prova nos autos de determinado fato relevante para a causa e ele não a considera, alegando a revelia do réu. Se o autor, p.e., cobra dívida já paga e há nos autos prova de quitação, se o juiz julgar procedente a ação (haja ou não revelia) sem considerar o documento nos autos, há erro de fato. A revelia não pode produzir o efeito de induzir o juiz conscientemente em erro. Sentença que assim decidir, ficará por igual sujeita à ação rescisória (art. 485, inc. IX, §§ 1.º e 2.º, do CPC).

Assim e de modo excepcional, mesmo diante da revelia do réu, poderá o juiz determinar a *complementação* da prova falha, em se tratando de instrumento público essencial, o Código inclusive nega o efeito da revelia (art. 320, inc. III. *Idem*, no Código de Processo Civil português, art. 485, letra *d*). ADROALDO FABRÍCIO FURTADO bem ilustra uma hipótese ao tratar da ação de consignação em pagamento. Se a contestação não for oferecida dentro do prazo, determina o Código que *o juiz julgará procedente o pedido* (art. 897). Mas o julgamento não pode ser um ato mecânico e cego. Conclui, então, ADROALDO FABRÍCIO FURTADO: "Mesmo na ausência de contestação, o juiz pode determinar complementação de prova ou dar pela extinção do processo sem julgamento do mérito, ou mesmo julgá-lo desfavoravelmente pelo autor — pelos mesmos motivos e nos mesmos casos em que o faria nas causas submetidas ao processo ordinário. Não está no espírito da lei o obrigar o juiz a abdicar de sua racionalidade e julgar contra a evidência, ainda que esta lhe tenha anteriormente passado despercebida" (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, vol. VIII, tomo III, p. 156).

Pode-se chegar mais facilmente a esta mesma conclusão em relação ao direito processual português. Desde o regime anterior, o direito lusitano tem admitido, como consequência da falta de contestação, a confissão dos fatos alegados pelo autor. O atual Código não estendeu além os efeitos da revelia (art. 484, I). Os fatos alegados pelo autor são admitidos, em princípio, como ver-

⁸ CALMON DE PASSOS *Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, vol. III, p. 433.

dadeiros, acaso não contestados, não à guisa de uma presunção legal, mas exatamente como *efeito da contumácia* — a *ficta confessio* dos fatos não contrariados. E esta *confissão ficta* dos fatos alegados pelo autor pode ser superada pela verificação objetiva da verdade em sentido contrário.⁹

A confissão ficta também não exclui ao juiz o dever de verificar se ocorrem os pressupostos processuais e o desenvolvimento válido do processo, pela citação regular (art. 483. *Idem*, no Código de Processo Civil brasileiro, art. 267, inc. IV e § 3.º).

⁹ V. ROGÉRIO LAURIA TUCCI, *Da contumácia no processo civil brasileiro*, p. 157 e segs.