ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

PRINCÍPIO DISPOSITIVO E O PUBLICISMO NO PROCESSO CIVIL

DEVICE PRINCIPLE AND PUBLICITY IN CIVIL PROCEDURE

Francisco Nunes Fernandes Neto*
Willione Pinheiro Alves**

RESUMO: O presente trabalho busca, a partir da análise feita com base em pesquisas bibliográficas, acerca do tema proposto, investigar o sentido, bem como o alcance do princípio dispositivo no Processo Civil; procedendo, também, à análise dos poderes de atuação do magistrado no que diz respeito aos seus limites de atuação (poderes instrutórios) nas esferas de direito disponível e indisponível.
Palavras-chave: Princípio dispositivo. Sentido e alcance. Poderes instrutórios. Limites de atuação. Princípio da imparcialidade.

ABSTRACT: This job searches from the analysis based on literature researches on the theme, to investigate the meaning and the scope of the device principle in civil procedure and also to analyze the performance of the powers of the magistrate concerning his performance limits (power of investigation) in the spheres of obtainable and unobtainable right.
Keywords: Device Principle. Meaning and scope. Powers of investigation. Limits of performance. Principle of impartiality.

* Especialista em Jurisdição e Processo Civil pela Universidade Potiguar – UnP e Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN. Professor da Faculdade de Ciências e Tecnologia Mater Christi. Advogado.
** Acadêmico do 6º período do Curso de Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN.

1 INTRODUÇÃO

Posto que de grande relevância são as controvérsias existentes entre os que, de um lado, defendem a necessidade de o julgador, diante dos casos que lhe são postos, buscar trilhar o caminho da atividade, isto é, o da atuação, dando, assim, maior relevância ao princípio processual da igualdade real entre as parte; e, de um outro, os que preferem se filiar às correntes mais liberais do processo, ou seja, aqueles que defendem que a iniciativa instrutória do juiz deve ser ínfima, o deslinde deste trabalho se dará ao longo de sua estrutura, de modo comparativo, entre essas duas correntes ventiladas.

Assim, em decorrência das Teorias Clássicas e Modernas do Processo Civil é que buscamos problematizar a seguinte questão: se, ao tomar o juiz, iniciativa probatória, no decurso de uma dada demanda, estaria maculando o princípio da igualdade entre as partes, levando-se em consideração que, embora lhe seja dado, o dever de dirigir o processo, não lhe é atribuído o poder de atuar favoravelmente a uma das partes. A partir desse estudo, buscamos contribuir na solução dessa problemática.

Buscamos, outrossim, tecer comentários, embora, sem exaurir a questão, claro (pelos limites do tipo de trabalho que se desenvolve), se, quando, em matéria de prova que trata de direito disponível, o fato de o juiz produzi-las, este estaria infringindo o princípio da imparcialidade entre as partes. E quanto ao direito indisponível? O mesmo questionamento há de ser aplicado à possibilidade de o juiz se utilizar do seu conhecimento extra-processual para decidir sobre o que lhe é posto.

O esclarecimento do tema constitui-se matéria de grande relevância, visto que, quer o magistrado seja inoperante (inerte), quer seja ativo (com mais poderes instrutórios), este modo de atuação jamais poderá dar-se de modo rígido, já que, conforme veremos, são sempre as circunstâncias dos autos que serão o vetor principal e determinante na conduta do aplicador do direito.

Aliás, ressalte-se que esta é a tendência no pensar e aplicar o princípio dispositivo, máxime na transição do estado cultivador do liberalismo individualista para o estado social de direito, cujo ponto forte é justamente o incremento dos órgãos públicos na vida da sociedade (BEDAQUE, 1994, p. 99).

Passemos então a análise do princípio dispositivo.

2 PRINCÍPIO DISPOSITIVO

Boa parte da doutrina, nacional e alienígena, afirma estar no princípio dispositivo a grande pedra de toque da atividade inerte do magistrado. Segundo ela, é "coisa das partes" estabelecer delimitação da causa, provocar o judiciário e produzir as provas que entenderem cabíveis[1]. Ocorre que uma série de dificuldades e divergências atormenta a doutrina. Tanto no que se refere ao seu conteúdo, quanto ao fundamento do princípio.

Em verdade, a doutrina ainda está buscando o verdadeiro sentido e alcance do princípio dispositivo. O problema se dá em virtude de os liberais insistirem em interpretar o princípio em questão com o máximo de amplitude possível, enquanto os que pregam um processo publicista procuram reduzir-lhe a força processual (PORTANOVA, 1999, p. 122). Daí a profunda dificuldade em investigar-lhe o significado.

Para definir o princípio dispositivo, costuma a doutrina a fazer uso de aforismos como *nemo iudex sine actore*, *ne procedat iudex ex officio, ne eat iudex ultra petita partium, iudex debet iudicare secundum allegata et probata a partibus* (MATTOS, 2001, p.13). Acontece que tais preceitos são em parte falsos, como veremos a seguir.

Antes de investigarmos o seu sentido e alcance, lhe estudaremos o fundamento. Nesse ponto, a divergência também é enorme. Alguns visualizam a imparcialidade como o fundamento do princípio dispositivo. Contudo, outros insistem em afirmar que o fundamento da imparcialidade é a natureza do direito material em questão, ou seja, o fato de ser o direito substantivo disponível ou não.

Investigaremos, então, em primeiro lugar, se a natureza do direito material serve como parâmetro de diferenciação de tratamento em matéria de iniciativa instrutória do juiz. Logo em seguida, averiguaremos o princípio da imparcialidade do juiz como fundamento do princípio dispositivo e, se em conseqüência, a iniciativa probatória do juiz fere ou pode ferir essa

1 SILVA, Ovídio Araújo Baptista da (1998, p. 59-61), bem como SANTOS, Ernani Fidélis dos (1997, p. 413-414).

garantia constitucional. Só então, teremos oportunidade para identificar o sentido e o alcance do princípio dispositivo.

2.1 DISPONIBILIDADE OU INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS

A necessidade de tocarmos no tema da disponibilidade e indisponibilidade dos direito é patente, de suma-importância, apresentando-se de forma dúplice. A primeira, em virtude de ser considerado, por muitos, como fundamento do princípio dispositivo[2]. A segunda, pelo fato de alguns doutrinadores considerarem que a iniciativa instrutória do juiz é maior a partir da natureza do direito material. Em verdade, trata-se de regra privatista, contrária aos princípios mais modernos do direito processual, mas, ainda, com forte amparo em autoridades doutrinárias.

Segundo boa parte da doutrina, existe uma bipartição da verdade. Quando o direito material é indisponível, como por exemplo o é no processo penal, há necessidade de encontrar a *verdade real*. Em virtude disso, precisa entregar ao juiz a possibilidade de produzir provas, quando necessário, sempre com o objetivo de proteger direitos de *ordem pública*. Já o direito processual civil, por tratar de direito disponível, se contenta com a *verdade formal*. Se a verdade real for encontrada, melhor; mas, não sendo possível [...] Em virtude disso, o juiz deve manter-se inerte e deixar que as partes produzam as provas e convençam o juiz. As provas são *coisas da parte*, devendo, o juiz, manter-se inerte, dado que dizem respeito ao direito material, que a qualquer momento pode dispor. Nesse caso, a iniciativa probatória do juiz só pode ser realizada em raríssimos casos – geralmente se afirma que, somente quando em estado de perplexidade perante a situação das provas, têm que estar contraditórias, confusas ou incompletas.

Alguns defendem que nem mesmo no que se refere a direito indisponível poderá o juiz ter iniciativa probatória. A verdade real, nesses casos, seria buscada pelo Estado através de um órgão oficial independente da magistratura. Em nosso ordenamento, o Ministério Público é quem deve

2 THEODORO JÚNIOR, Humberto, 2003, p. 380.

produzir provas, em se tratando de causas de ordem pública.[3]

Interessante notar que muitos se colocam como modernos e reconhecem a necessidade de o juiz ter uma postura positiva, portando-se como um verdadeiro diretor do processo, não se contentando com os ultrapassados princípios de um processo liberal, mas, na continuidade, reduz tanto as oportunidades de iniciativa instrutória do juiz que acabam se filiando às correntes tradicionais.

Apesar de doutrinadores de renome e, sem dúvida, com vida pública séria e imaculada, defenderem essa relação estreita entre direito material e instrumental, tal concepção não deve prevalecer. A relação jurídico-processual, não obstante servir de instrumentalmente ao direito material controvertido, não se confunde com ele. Hodiernamente, podemos considerar ultrapassada qualquer espécie de sincretismo entre direito material e instrumental. Um não vive sem o outro, mas são relações completamente diferentes (DINAMARCO, 2002, p. 17-26).

A relação jurídico-material pode tanto ser de direito disponível quanto de ordem pública. Pode tratar de variados ramos do processo, como o penal, civil, comercial, tributário etc., mas a relação jurídico-processual é outra, completamente diversa da material, e sempre será indisponível por dizer respeito à própria formação estatal. Quanto à relação de direito privado, muitas vezes encontramos o credor em desfavor do devedor, ou mesmo o Estado em desfavor de pessoa de direito privado, na relação jurídico processual estará sempre presente o autor, o juiz e o réu. Notem que se trata de duas relações diferentes, diversas.

Não importa qual seja a natureza do direito controvertido: sempre a relação jurídico-processual será de natureza pública e terá os mesmos princípios norteadores. Tendo essas idéias como base, podemos falar que tanto o processo penal, quanto o civil, o trabalhista, etc, têm a mesma natureza. As diferenças são apenas de caráter ritual e político, mas se trata de um mesmo ramo do direito.

3 "Quando há interesses indisponíveis, nem por isso o processo assume feição inquisitiva, no sentido de ficar entregue ao juiz a defesa deles, em substituição à parte diretamente interessada. Para que não se infrinja o devido processo legal (transformando-se o juiz em órgão de tutela de algum interesse em conflito), coloca-se o Ministério Público na relação processual para que defenda o direito indisponível que está em jogo no litígio" (MARQUES, 1997, p. 494, v. 2).

Apesar de serem relações completamente diferentes, o direito material acaba por, de alguma forma, influenciar objetivamente na relação processual, por causa do fato de a relação jurídico-processual ser instrumental; mas nunca no que tange à iniciativa probatória. Quando a lide trata de direito disponível, as partes discutem e podem, muito bem, chegar a um acordo, transigir, renunciar ou reconhecer o direito. Nesse caso, o juiz não intervém, é *coisa das partes* no mais autêntico significado da palavra. (BEDAQUE, 2001, p. 93)

Ao se tratar de direito indisponível, isso não ocorre, mesmo que a parte renuncie, reconheça, ou mesmo transija. Em um processo desse tipo, mesmo que não existam divergências entre autor e réu, o Estado tem a obrigação de apurar os fatos e prolatar uma sentença que seja condizente com a verdade. Mesmo se tratando de direitos indisponíveis, exceções existem. Nos Juizados Especiais, são comuns as chamadas transações penais baseados na lei 9.099/95.

Se considerarmos o princípio dispositivo como sendo a *impossibilidade do magistrado em iniciar uma ação* ou mesmo de *delimitar o objeto da demanda*, ainda assim, o princípio não é, em verdade, fundamento para qualquer limitação à iniciativa probatória.

O fato de o juiz não poder agir sem ser provocado, por exemplo, existe mesmo nos casos em que o direito é indisponível, aliás, assim funciona o processo penal. No entanto, existem exceções no que se refere a direitos disponíveis. Trataremos, com mais detalhes, dessas idéias, adiante.

Nesse mesmo diapasão, o conhecido princípio *Verhandlungmaxime*, típico da doutrina alemã, que é a disponibilidade de alguns instrumentos processuais, com a instrumentalização do processo, está totalmente ultrapassado.

Quem defende a idéia contrária argumenta que uma pessoa tem o direito de dispor, a qualquer momento, de seu direito, e a partir daí desenvolve o raciocínio de que, se se buscar o judiciário, e não provar, só pode ser em virtude de não ter vontade de adquirir o seu direito e estar, de forma implícita, renunciando-o.

A partir do desenvolvimento da teoria publicista do processo, percebemos que essa argumentação não passa de um embuste. Ora, quando

alguém busca o judiciário, vem em busca de justiça, e não de um procedimento burocrático em que o que tiver o advogado mais habilidoso, no encontrar as provas, é o que ganha. O processo não é um jogo em que está em evidência a melhor ou pior agilidade das partes, mas um instrumento de pacificação social com justiça.

Certo é que as partes têm o direito de dispor do seu direito material e que esse direito tem alguns reflexos no processo. Intervir nessa seara, seria ter uma atuação em que o juiz extrapolaria os seus limites e, assim abusaria de sua atividade judicial. Contudo, ao tratar de produção instrutória, estamos falando de relação jurídico-processual. Com isso, não estamos querendo afirmar que o direito disponível deixou de existir, mas que não faz parte, praticamente, da relação jurídico-processual. Caso o juiz pudesse decidir *ultra* ou *extra petita*, aí sim, estaria interferindo no direito material. Significaria dizer que teria havido uma publicização dessa área também.

O de que prescindem as partes é o poder de impulso e direção formal do processo. Uma vez provocada a máquina estatal, o modo e o ritmo do processo estão longe do dispor das partes, apesar de continuar a dispor do direito civil. Continua com o poder de transigir; contudo, não pode, por exemplo, marcar uma audiência a seu livre arbítrio.

Em suma: às partes pode caber a disposição do direito material controvertido; porém, jamais prescindirá da forma processual.

O Estado tem interesse em uma solução com justiça, mesmo se a causa for de direito disponível. As partes têm total autonomia no que tange à delimitação do objeto do litígio e só provocam o judiciário se quiserem utilizar-se do seu direito de ação. Uma vez proposta a ação, continuam dispondo de seu direito (podendo renunciar, desistir ou reconhecer o seu direito), mas o seu direito deve ser julgado a partir de *fatos verdadeiros*, ou seja, a reconstrução dos fatos não faz parte da sua possibilidade de disposição. O processo não tolera afirmações mentirosas, inverossímeis (CAMBI, 2001, 78). Em outras palavras, as partes podem até ter disponibilidade de seus direitos, mas, jamais o terá dos fatos. Pensar o contrário é considerar o processo como mero meio de pacificação social desvinculado da justiça, e "a espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito" (IHERING, 2003, p. 1).

Essa forma de pensamento é incompatível com um juiz passivo, inerte, simplesmente um observador do jogo que se desenrola a seus olhos, onde o melhor, e não o que tem razão, vence. Daí a importância da instrumentalidade do processo civil e sua conseqüente publicização. Ao observar o processo dessa forma, diminuímos as possibilidades de haver injustiças, de haver julgamentos em total desconformidade com a realidade. Não podemos negar que exista, deveras, um interesse privado em produção de provas, mas está lado a lado com um interesse público e uma necessidade estatal em produzi-lo para que o provimento seja dado com qualidade.

Negar que o Estado tenha interesse em pacificar com justiça é, se não uma atitude que não condiz com os valores sociais vigentes, uma verdadeira anomalia doutrinária nos dias atuais. É clara a preocupação de compromisso com a verdade dos fatos independentemente da natureza do direito material. Aliás, só assim a jurisdição atuará de forma plena e conseguirá o seu fim, ou seja, a verdadeira pacificação social, uma pacificação justa (DINAMARCO, 2005, p.127-128).

Podemos concordar que o direito material possa ser disponível, mas a Justiça não o é. Quem busca o judiciário, visa a um julgamento a partir de um processo devido, e com a manifestação da verdade ao final. Sem a verdade, não há justiça. Assim, resta plenamente claro que a produção das provas não é disponível à parte. O autor e o réu têm plena disponibilidade de seus direitos, mas uma vez sendo discutido na justiça, a reconstituição dos fatos foge aos seus interesses individuais e passa a ser interesse do Estado. Pensando dessa forma, primamos pela justiça como valor social e objetivado na Constituição.

Não podemos negar que às partes deve caber maior importância na produção de provas, mas por uma questão prática. Processualmente falando, tanto as partes quanto o juiz, com relação à produção de provas, trabalham em igualdade de condições e em cooperação plena. Todavia, as partes têm uma proximidade maior com as provas, o que lhe facilita a produção. Depois, o juiz não pode utilizar-se de seus conhecimentos particulares para produzir, ou seja, há exigência de que todas as suas decisões, inclusive as relativas à produção de provas, sejam fundamentadas a partir do estado dos autos, o que limita sobre-

maneira sua possibilidade de produção de provas. Como as partes são parciais por natureza e tiveram contato direto com os fatos, na prática, ninguém melhor do que eles para a produção das provas. Todos esses argumentos são verdadeiros, mas não são processuais, e sim, de ordem fático-prático.

Vale lembrar, também, que não encontramos no CPC qualquer regra que sugira um tratamento processual diferenciado, no tocante à produção de provas, entre direitos disponíveis e indisponíveis. Muito pelo contrário, basta uma singela leitura dos artigos 130, 131, 242, 342, 355 e 381 (BRAGA, 2004, p. 115). Especialmente a leitura do primeiro deixa clara a não diferenciação. E, ao lermos todo o texto do código, vemos que em nenhuma parte existe a tão propalada distinção.

Não estamos pregando um total isolamento entre o processo e o direito matéria. Longe disso, e muito pelo contrário, somos favoráveis à reaproximação entre esses dois ramos. Mas, com o que não podemos concordar é com a volta ao sincretismo, ao conseqüente retrocesso científico, ou mesmo um autonomismo liberal com extrema disponibilidade dos institutos processuais. O processo é mero instrumento estatal de pacificação social, e só existe em virtude do direito material; contudo, isso não quer dizer que não seja autônomo, que não seja um ramo independente (DINAMARCO, 2002, p. 22-3).

Também não há que negar que a natureza do direito material, em questão, não influencie psicologicamente o magistrado. De forma alguma é isso o que estamos querendo defender, mas essa inferência só tem efeitos relativos ao psicológico. Certo é que, em uma causa de ordem pública, o juiz se sentirá mais preocupado com um julgamento mais zeloso, mais próximo do real, da justiça. Especialmente naqueles casos em que a comoção social e, especialmente, a imprensa, pressionam a magistratura, estamos tratando de seres humanos, por que negar? Concordamos, em que, aos casos de direito material privado, é atribuída menor importância, e, conseqüentemente, o magistrado não terá tanta preocupação, não ganhará tantos cabelos brancos. Mas esse fenômeno só pode ocorrer psicologicamente, jamais poderá ser uma regra de direito processual.

Concluindo, em hipótese alguma, a natureza do direito material (o

fato de ser disponível ou indisponível) poderá influir objetivamente na possibilidade de iniciativa instrutória do juiz. Pensar de maneira contrária é retrocesso científico, é voltar ao sincretismo processual do século XIX ou ao liberalismo exarcebado dos autonomistas. Conseqüentemente, não serve como fundamento a qualquer princípio processual.

2.2 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ

Muito já se discute acerca da imparcialidade do juiz. Tema palpitante e de extrema relevância para o nosso ordenamento. Trata-se de princípio constitucional positivado na Constituição de 1988, em seu artigo 5º, XXXVII e LII, e 95, I, II e III, e parágrafo único. É um princípio necessário, não só para o processo, mas para todo o *estado democrático de direito*, uma vez que se trata de um princípio basilar que garante a igualdade das partes perante o processo. Dele decorre o monopólio das partes para propor a ação (princípio da inércia) e para definir o objeto da discussão (princípio da demanda). Tudo isso só faz sentido se observarmos a necessidade de se manter o juiz imparcial.

No tocante ao tema, alguns doutrinadores afirmam que o juiz, ao produzir provas pode perder a sua imparcialidade, uma vez que substitui uma parte e a beneficia[4]. Também não concordamos com essa assertiva, desde que o juiz produza as provas com certos limites.

Segundo Carnelutti, para que o juiz seja imparcial, deve manter-se em posição eqüidistante e acima das partes (indicar). Assim entende a doutrina mais moderna. Agora uma coisa tem que ficar bem esclarecida: imparcialidade do juiz não se confunde com neutralidade em relação aos valores protegidos pelo processo. De forma alguma, o juiz é um ser político, com valores intrínsecos ao seu ser, e que não conseguirá se afastar deles, mesmo com muita boa vontade.

> Não há qualquer incompatibilidade entre tal princípio e o empenho do juiz para que seja dada razão àquela parte que efetivamente agiu segundo o ordenamento jurídico. Ao contrário, este é o verdadeiro intento do processo. Importa ao juiz conduzi-lo de tal modo que seja efetivo instrumento de

4 Ver MONTENEGRO FILHO, Misael (2005, 493-494) e RODRIGUES, Marcelo Abelha (2000, p. 177-8).

> justiça, que vença quem realmente tem razão. Nisto consiste sua imparcialidade (GOMES, 2001, p.75).

Mas o objetivo deste tópico é saber se a imparcialidade impede, ou mesmo limita, a iniciativa probatória do juiz. A doutrina é bastante vacilante no que se refere a este ponto, sendo que boa parte visa a limitar ou impedir a iniciativa probatória do juiz utilizando como argumento justamente o princípio da imparcialidade deste. Segundo ela, o juiz tem que dirigir o processo sem favorecer a qualquer das partes, o que não ocorreria se lhe fosse dada ao juiz ampla iniciativa instrutória. Para resguardar esse princípio, embora a lei ofereça alguns casos de produção, mantêm o juiz, em regra, afastado da sua produção. Outros afirmam que o juiz corre o risco de ficar corrompido, e passaria a acreditar mais na investigação particular que tenha feito, tornando-se maculado pelos seus próprios atos. Outros atentam para o perigo da iniciativa instrutória do juiz, mas a permitem apenas em casos igualitários, em que existam diferenciadas situações econômicas, com o intuito de igualá-las[5].

A razão não está do lado da doutrina clássica no tocante ao ponto em questão[6]. O juiz, desde que a sua iniciativa seja baseada em provas e alegações dos autos, não incorre em perigo de tratar as partes de maneira desigual, ao produzir provas. De forma alguma. Se ele se utilizar de seus conhecimentos extra-processuais para decidir, aí sim, estará corrompido pela mácula da parcialidade. Como exemplo, podemos citar que, em algum caso, o juiz venha a saber de um terceiro – que não está nos autos – que existe uma testemunha importantíssima para o processo, mas que não foi arrolada e sequer mencionada nos autos. Se isso acontecer, mesmo sabendo da existência dessa prova, o juiz não poderá produzi-la. Esse é um limite à produção das provas, bastante seguro, para evitar abusos (MOREIRA, 1984, p. 181). Também, caso ele tenha participado do fato ou mesmo tenha sido testemunha, claro é que não

5 Ver DINAMARCO, Cândido Rangel 2003, p.280.

6 "Contrariamente a lo que piensam algunos, la posición 'activa' del órgano judicial respecto a las pruebas no es incompatible con la preservación de su imparcialidad. Suponerlo sería admitir que el juez no necesita ser imparcial en todas las clases de procesos, ya que en algunas se reconoce pacíficamente la legitimidad de las iniciativas probatorias oficiales. Además, llevada la suposición hasta las últimas consecuencias lógicas, las leyes deberían prohibir de modo absoluto *cualesquiera* iniciativas oficiales en materia de prueba, lo cual probablemente jamás ocurrió y no es propugnado siquiera por los más radicales representantes del "dispositivismo" en la ciência procesal civil" (MOREIRA, 1984, p.80).

poderá ser juiz nesse processo, devendo ser declarada sua suspeição.

Para sustentarmos tal opinião, estamos convencidos de que todos os argumentos utilizados pela doutrina clássica estão errados. Em primeiro lugar, perguntamos se, em matéria de direito disponível, há possibilidade de o juiz se tornar parcial, ao produzir provas, o que dizer quanto aos direitos indisponíveis? Claro é que, se há possibilidade em uma, também há em outra, o que representa uma contradição, em boa parte, da doutrina que defende tal idéia; aliás, quase todos. Frederico Marques, apesar de ser um dos defensores da possibilidade de se ferir a imparcialidade quando o juiz produz provas, mantem-se coerente quanto às matérias indisponíveis. Segundo ele, nesses casos, o Ministério Público deve estar presente, e representa uma preocupação estatal na produção das provas, sem atribuir aos juízes, o que prova mais uma vez que estes devem permanecer, em regra, inertes (1997, p. 395).

Ademais, uma vez determinada à produção de uma prova, o resultado é sempre imprevisível (MOREIRA, 1984, p.180). Por mais que o juiz faça previsões ou conjecturas, que tenda a acreditar nas alegações de determinada parte, os resultados podem ser totalmente diversos do esperado. Quando o juiz decide fazer uma perícia, por exemplo, imaginando que as alegações do autor são verdadeiras, muitas vezes se depara com um laudo totalmente diverso do que imaginava, o que é motivo fortíssimo para que se convença do contrário. É o que ninguém pode negar. Quanto às provas de que o juiz já sabe de antemão o resultado, existem exceções; é o caso dos fatos de conhecimento público e notório, em que, não é necessária a dilação probatória (art. 129 do CPC).

Depois, se a prova vier a beneficiar uma parte que tenha razão, não há nenhum mal nisso. Aliás, muito pelo contrário, a justiça nas relações é a que prevalece. Esse tipo de atitude acaba beneficiando a parte que, apesar de não ter conseguido provar o seu direito, seja pela razão que for, falou a verdade, e, por conseqüência, não está utilizando o judiciário para impor inverdades. Isso é bom (BEDAQUE, 2001, p.104-5). Está certo que muitas vezes as partes não produzem provas por puro desleixo, por contumácia; todavia, na maior parte dos casos, a causa é a inabilidade política ou mesmo condições financeiras inferiores. Nesses casos, a iniciativa probatória só ajuda a igualar

condições tão desiguais, a parear as armas[7]. No tópico referente à igualdade processual, teceremos, com mais zelo, comentários acerca dessas idéias.

Sem contar que, uma vez produzida a prova pode ser aproveitada por qualquer das partes. A prova que o autor colacionou aos autos não pode somente aproveitar a si mesmo, mas poderá, pelo contrário, acabar por ser cabal para a improcedência do pedido. O mesmo podemos dizer acerca das provas produzidas pelo réu, ou mesmo com relação às elaboradas por iniciativa do juiz. Para isso, se faz necessário o contraditório como forma de legitimar os instrumentos de reconstituição fática. É através do contraditório que as partes indicam o que há de bom e de ruim, para si e para a outra parte, ou seja, é imprescindível para um julgamento justo e para a legitimação da decisão (LUHMANN, 1980, p. 85-9). Dessa forma, podemos afirmar que, uma vez produzida a prova, não há que perguntar por quem foi elaborada; torna-se prova do processo, da reconstrução dos fatos, podendo ser aproveitada por qualquer das partes[8].

Resumindo, em virtude de dois motivos técnicos em que não encontramos nenhuma refutação convincente na doutrina clássica, podemos afirmar que, em verdade, não há perigo de, ao produzir provas, o juiz se tornar parcial, desde que o faça fundamentado nos autos e dê oportunidade de as partes contraditá-las. O primeiro argumento é que os seus resultados são imprevisíveis. O segundo, é que a prova, uma vez produzida, não se pergunta quem a colacionou, mas se torna prova do processo.

7 "A diferencia de lo que sugiere uma larga tradición, alimentada con las ideas típicas del liberalismo clásico, refractario a cualquier intervención del Estado en el juego de la 'libre concurrencia', imparcialidad no significa indiferencia del juez respecto al resultado del proceso. El juez no puede dejar de tener interés en que su sentecncia sea justa y, por consiguiente, en que la actividad procesal le suministre, cuanto posible, los medios necessarios para decidir bien. No sería razonable acusarlo de parcial por el solo hecho de que, ejercendo los poderes otrogandos por la ley, y respetando las garantias de la defensa, tome las iniciativas que le parezcan indispensables en miras a la aclaración de los hechos, aunque el éxito de las providencias de instrucción por el ordenadas venga a beneficiar, en definitiva, uno de los litigantes. Lo lo contrario, también la abstención del órgano judicial, al fin y al cabo, comprometería su imparcialidad, en tanto y en cuanto resultaria benéfica para la *otra parte*. Lo que se opondrá a la exigencia de igualdad es que el juez se ciña a tomar la iniciativa unicamente cuando existan razones objetivas serias para suponer que la prueba favorezca a *una* de ellas" (MOREIRA, 1989, p. 72).

8 "A prova não "pertence" à parte. Uma vez produzida, passa a integrar o processo, pouco importando quem a produziu. Tanto que, como adiante se verá, não pode a parte seccionar a prova para aproveitar apenas a parcela que lhe interessa. A prova é um todo, e como um todo deve ser considerada. A questão da autoria das provas toma relevo quando seu conteúdo é contrário ao interesse da parte. Como a prova pertence ao processo, ainda que venha em prejuízo à parte que a produziu, passa a integrar a relação jurídica processual, e seus efeitos se fazem sentir, cabendo ao juiz extrair as conseqüências do fato provado, pouco importando como a prova tenha chegado ao processo. A essa característica a doutrina denomina de princípio da aquisição processual." (WAMBIER, 2000, p.479).

O que há, deveras, é uma inversão de valores, visto que parcial é justamente o magistrado que, apesar de saber da existência de provas que podem modificar o seu julgamento, mantêm-se inerte, e não as produz.

Além de inexistir a possibilidade de o juiz se inclinar para a sua investigação particular, perante os argumentos citados, a lei processual incentiva a iniciativa instrutória. O artigo 130 do CPC é bastante claro com relação a esse poder do magistrado. O ordenamento pátrio não repugna, aliás, muito pelo contrário, o incentiva. Juiz que produz provas é magistrado preocupado com os escopos sociais do processo. É juiz atento aos fatos sociais, e pronto a solucionar com justiça.

Nada melhor, para garantir a imparcialidade do magistrado, do que a exigência de que todas as suas decisões sejam motivadas, inclusive as que determinam a produção de provas e a necessidade de submeter essas provas ao crivo do contraditório. Com esses dois limites resguardados, os riscos de o juiz se tornar parcial são remotos.

Agora, que ficou claro que não há perigo de se ferir o princípio da imparcialidade, se o juiz produzir provas a partir do estado dos autos, e dando oportunidade de contraditório às partes, podemos fazer a seguinte afirmação: parcial, em verdade, é o juiz que, mesmo sabendo da existência de uma prova que pode influir no desfecho do processo, não a produz.

Hodiernamente, não podemos mais pensar como os liberais do século XIX e início de século XX. Os avanços sociais das teorias igualitárias modificaram os valores sociais e, conseqüentemente, as Constituições passaram a incluir os direitos coletivos no rol de direito fundamentais. Atualmente, temos que pensar em todo o direito, não apenas com uma igualdade formal, mas com mecanismo para se alcançar uma igualdade material (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2001, p. 53-4). Tocaremos no assunto da igualdade processual, com mais afinco, no próximo tópico.

Ora, com certeza, o modelo de juiz que queremos não é o que fica em seu pedestal, inerte, mero observador dos atos das partes. Não. O juiz moderno é participativo, é social, interage ativamente com movimentos políticos. Dessa forma, podemos afirmar que parcial é o juiz que, apesar de saber que existe uma prova que possa aclarar os autos, faz vista grossa, e não a produz. Parcial, porque pode estar dando razão a quem não tem, e na maior parte das vezes, são pessoas

abastadas contra hipossuficientes. Esse tipo de atitude só pode ser tomada por juízes desleixados, que não querem ter trabalho e apenas dizem que é "coisa das partes". Dessa forma, o pensamento não deve prevalecer.

Outra coisa que exige clareza, é que juiz forte não é sinônimo de autoritarismo. O juiz autoritário é o que não segue os padrões determinados pelo sistema e não obedece aos valores sociais estabelecidos na Constituição, que age sem motivar as sentenças ou mesmo sem dar chances ao contraditório. O juiz que nos serve como modelo é o *juiz diretor do processo*, que não se compatibiliza nem com o juiz inerte, nem mesmo com um juiz autoritário.

Claro e evidente que, mesmo após longo esforço das partes e do juiz, a verdade dos autos pode não corresponder à verdade dos fatos. A verdade real, em boa parte dos casos, é inalcançável, por se trata de uma verdade ideal, e os meios que temos de demonstrá-la ainda são bastante precários (CAMBI, 2001, p. 79). Sabemos disso tudo, mas, mesmo que não se possa chegar a uma perfeita sintonia dos fatos com a decisão judicial, será benéfica a iniciativa instrutória do juiz, pois é melhor alcançar esta verdade que não alcançar nenhuma. E de qualquer forma, com a iniciativa do magistrado, a tendência é que a verdade cada vez mais se aproxime dos fatos reais.

O que ocorre é que boa parte da doutrina confunde imparcialidade com passividade, que são dois conceitos bem distintos. O juiz pode muito bem ser passivo e ser parcial, como é o caso do magistrado que apesar de sempre esperar pelas partes, a dar prosseguimento ao processo, utiliza dos seus conhecimentos extra-autos para julgar. Em verdade, juiz passivo é juiz desleixado, que não cumpre bem suas funções, que prefere uma *verdade formal*¸ julgar injustamente¸ ao solucionar da melhor forma possível.

Afinal de contas, qual o juiz inerte que não participa ativamente do deslinde do processo, ao se encontrar com um caso em que sabe da existência de provas e não as produz, que sabe que pode estar causando a perda de uma causa importante para uma pessoa, até mesmo para uma família, decidiria com consciência? Qual deles dormiria tranqüilo ao decidir sem ter certeza e sabendo da possibilidade de ser produzida uma prova eficaz, em um caso complicado e importante? A resposta, supostamente, deve ser negativa. Para evitar esse tipo de situação, basta a mudança de visão dos magistrados, para

que passem a transformar a sua práxis forense em busca constante da justiça.

Destarte, não há perigo de o juiz se tornar parcial na produção de provas, desde que motive suas decisões, a partir do estado dos autos, e dê oportunidade de as partes contraditarem as provas. Muito pelo contrário, parcial é o juiz que, apesar de saber que uma prova que pode ser produzida, mudaria o julgamento da causa, mantêm-se inerte, e não a produz. Parcial porque, mesmo sabendo que poderá estar julgando a favor de quem não tem razão, não faz nada para evitar o erro judicial.

2.3 SENTIDO E ALCANCE DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO

Depois de estudarmos os possíveis fundamentos do princípio dispositivo e vermos que nenhum deles é razão suficiente para se limitar a iniciativa probatória do juiz, lhe investigaremos o sentido e alcance. Como já falamos, trata-se de termo muito polêmico e base de inúmeras divergências doutrinárias. Isso se deve a seu alto grau de equivocidade. Os doutrinadores utilizam esse termo para precisar coisas bastante diversas, algumas vezes até antagônicas. Tanto é verdade o que estamos a comentar, que Sidney da Silva Braga, preocupado em facilitar o entendimento do estudo do tema, lista os variados significados atribuídos ao termo encontrados em esparsa doutrina, seja nacional ou estrangeira:

> a) provocação do exercício da justificação, através da propositura da ação;
> b) delimitação do objeto da demanda e, em conseqüência, do alcance da sentença;
> c) impulso oficial;
> d) indicação, produção e aporte de provas ao processo;
> e) extinção do processo por atos dispositivos, tais como a transação, a desistência, a renúncia ou o reconhecimento do pedido (BRAGA, 2004, p. 107).

A doutrina tedesca, depois de uma série de hesitações e divergências iniciais, costuma separar o que é conhecido por nós como *princípio dispositivo* em dois fenômenos diferentes. O primeiro deles diz respeito à propositura da demanda (*Dispositonsmaxime*); já o segundo diz respeito à estrutura

interna do processo (*Verhandlungsmaxime*). Quando, tanto em um quanto no outro, competir exclusivamente à parte a iniciativa, está-se adotando os dois princípios (BEDAQUE, 2001, p. 87).

No Brasil, alguns doutrinadores não distinguem os variados fenômenos que englobam especificados anteriormente, denominando tudo como *princípio dispositivo*. Assim, chegam a considerar um só princípio tanto a necessidade de uma atitude inerte, necessitando de provocação da parte para ser iniciada a ação, quanto a delimitação do objeto da demanda pelas partes, e até mesmo a indicação, produção e aporte de provas ao processo.

Outros dizem que o primeiro caso é um fenômeno denominado *princípio da demanda*, já o segundo e o terceiro, juntos, formam o conteúdo do princípio dispositivo.

Nesse tópico, ousaremos buscar o sentido e o verdadeiro alcance do princípio dispositivo, que nos permitirá vislumbrar se ele é ou não apto a limitar a produção de provas do magistrado. Claro que sempre tomando como premissa que o processo é um instrumento público de solução de conflitos com justiça.

A divergência em relação ao princípio em questão é tão grande, que, até mesmo para justificar-lhe a existência, há sérias divergências. O fundamento do princípio dispositivo, para boa parte da doutrina, se baseia na disponibilidade ou indisponibilidade dos direitos. Já, para outros, se baseia na necessidade de manter a imparcialidade do juiz, como já foi amplamente investigado. Ora, se nem mesmo sabemos, com certeza, qual o seu fundamento, imaginem só o exato conteúdo.

Para Barbosa Moreira, o princípio dispositivo nada mais é, pelo menos se for adotada uma visão etimológica, do que a projeção do direito substancial em discussão (1986, p. 7). Assim, o que é disponível no direito material, continuará a ser no processo, e vice-versa. Realmente, a partir do entendimento do significado do princípio, faz parecer que a idéia é verdadeira; mas, então, também existiria princípio dispositivo nas causas em que os direitos tutelados fossem indisponíveis, o que não ocorre. Ora, mesmo no processo penal, – que, em regra, versa sobre direitos indisponíveis – o juiz não pode agir de ofício, e não pode julgar *extra*, *ultra*, ou *intra petita*, ou seja, ainda permanece o prin-

cípio dispositivo. Assim, cai por terra essa leitura gramatical desse princípio processual. Sem contar com a chamada Ação Civil Pública, que sempre trata de causas coletivas e, mesmo assim, o juiz não pode agir de ofício.

Por outro lado, há exceções ao princípio da inércia, e não se trata de casos de direito indisponível. Por exemplo, a possibilidade de o juiz iniciar uma ação, sem necessidade de provocação das partes, para abrir o processo de inventário, típico caso de direito privado.

Assim, vemos que o que alguns doutrinadores chamam de princípio dispositivo, não corresponde ao significado de uma interpretação gramatical do significado. Isso mesmo: ora, a delimitação do objeto a ser discutido, ora a necessidade de o magistrado ser provocado independe da natureza disponível do direito material. Trata-se de princípio geral do direito pertencente a todas as esferas do processo.

Outros doutrinadores tentam justificar a existência do princípio dispositivo com a necessidade de manutenção da imparcialidade dos juízes. Ou seja, seria uma conseqüência do princípio constitucional da igualdade das partes. Bem, se adotarmos essa justificativa como princípio, veremos que o chamado princípio da *inércia*, ou seja, a impossibilidade de o juiz iniciar uma ação sem ser provocado, realmente faz sentido. Contudo, no tocante à produção de provas, como vimos no tópico 2.1.2., a imparcialidade do magistrado não é atingida, desde que lhe fundamente as decisões a partir do estado dos autos e ofereça oportunidade de as partes contraditarem.

Em virtude das divergências doutrinárias, é válido estabelecer um critério próprio para o direito processual. Mas não pode ser um critério qualquer, deve ser um seguro. Um que nos dê confiança para tratar o tema, e ligado à visão publicista do processo para que, gradualmente, nos livremos da nossa *herança liberal*. Seguindo essas premissas, após aprofundado estudo do tema, Bedaque faz a seguinte proposta:

> Diante de tanta polêmica em torno da terminologia adequada para representar cada um desses fenômenos, e até mesmo da exata configuração deles, preferível que a denominação "princípio dispositivo" seja reservada tão-somente aos reflexos que a relação de direito material disponível possa produzir no processo. E tais reflexos referem-se apenas à própria relação jurídico-substancial. Assim, tratando-se de direito disponível, as partes têm ampla liberdade

> para dele dispor, através de atos processuais (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido). E não pode o juiz opor-se à prática de tais atos, exatamente em virtude da natureza do direito material em questão. Essa sim corresponde à verdadeira e adequada manifestação do princípio dispositivo. Trata-se de um princípio relativo à relação material, não à processual (BEDAQUE, 2001, p. 90).

Somos favoráveis a essa idéia. Assim, chegamos à conclusão de que o direito à prova, por ser processual, não é açambarcado pelo princípio dispositivo. Trata-se de axioma importantíssimo das chamadas relações jurídicas de ordem privada, como as de que, em maioria, trata o Código Civil. Porém, a relação jurídico-processual não pode tê-lo como princípio em virtude de ser de ordem pública e indisponível.

O princípio dispositivo e a iniciativa probatória do juiz, por exemplo, não têm nenhuma pedra de toque com relação à produção de provas do juiz. É unânime, na doutrina, que a produção de provas faz parte da relação jurídico-processual, e não da relação jurídica civil.

O mesmo podemos afirmar de relação à necessidade de delimitação do objeto da demanda pelas partes. Para que haja maior rigor técnico, propomos que a nomenclatura *princípio da demanda* seja utilizada para representar tal fenômeno. Princípio dispositivo deixa a entender que só se aplica aos direitos materiais disponíveis, o que não ocorre, como vimos anteriormente.

Existem exceções ao princípio da demanda. É o caso do artigo 461[9] do CPC, que pode ser muito bem utilizado tanto para causas em que o direito material é de natureza indisponível quanto disponível.

Quanto à impossibilidade de o magistrado iniciar uma ação, preferimos chamar de *princípio da inércia*, também por causa de não ter conexão com a natureza disponível ou indisponível do direito material. Trata-se de mais um equívoco bastante propagado pela doutrina nacional. Também esse princípio tem exceções, como é o caso da possibilidade de o juiz iniciar processo de inventário – causa tipicamente tida como de direito substancial disponível.

Destarte, com essa nomenclatura, não podemos utilizar com segurança o vocábulo *princípio dispositivo* na referência a essa variada gama de fenômenos.

9 Art. 461 do CPC. "Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento".

Mas, então, podemos construir-lhe o significado mais adequado, que é toda manifestação em que o direito dispositivo, ou seja, somente diz respeito ao direito material e às projeções no processo. Certo é que são muito poucas; porém, existem. São elas a *renúncia*, a *desistência*, e o *reconhecimento do pedido*, bem como todo ato de disponibilidade do direito matéria que tenha repercussão no processo. Nada mais do que isso faz parte do nominado princípio dispositivo.

Ora, não poderá ser outra a conclusão se investigarmos o tema a partir de uma perspectiva publicista do processo. Acontece que apesar de se falar muito sobre a relação jurídico-processual como direito disponível, "tratando-se de um resquício da ideologia liberal-individualista, o princípio dispositivo resiste. Resiste pela falsa sedução do discurso liberal.". (PORTANOVA, 1999, p. 124). Sobrevive através da mão de doutrinadores e juízes, seja por má-fé, seja por inocência, que insistem em manter e dar força acima da devida ao princípio dispositivo. Mal sabem eles que contribuem para uma justiça pouco efetiva, sem credibilidade e distante da sociedade.

Por último, podemos afirmar que, no tocante ao sistema de provas, o sistema brasileiro, sem dúvida, adotou o modelo inquisitório, repelindo o modelo adversarial de produção de provas (BEDAQUE, 2001, p. 95). Resta claro com uma simples leitura do CPC, especialmente dos artigos 130, 131, 262, 342, 355, 381 e 481, para chegarmos a essa conclusão.

3 CONCLUSÃO

O termo *princípio dispositivo*, amplamente utilizado como argumento pela doutrina clássica contra a iniciativa instrutória do juiz, é bastante equívoco. Para utilizá-lo, os doutrinadores fazem uso de aforismos latinos e o fundamentam, ora na disponibilidade do direito material controvertido, ora na necessidade de manter o juiz parcial.

A disponibilidade do direito material controvertido não pode servir como fundamento do princípio dispositivo. Parte da doutrina faz uma espécie de bipartição da verdade processual, dividindo-a em *verdade real* e *verdade formal*, afirmando que o processo em que a natureza do direito material controvertido é disponível se contenta com a primeira, e quando é indisponível, busca-se o se-

gundo. Tais idéias não correspondem a uma idéia de processo como meio público de solução de conflitos, uma vez que não importa a natureza do direito material, porque o direito processual sempre será indisponível. A relação jurídico-material, que pode ser disponível, é sempre distinta da relação jurídico-processual, e como a produção de provas é matéria inequivocamente processual, não pode receber influência direta da relação material. Em outras palavras, não existe contentamento com *verdade formal*; a busca da verdade sempre será a mesma.

O princípio da imparcialidade do juiz em nada lhe impede a iniciativa instrutória. As partes continuam com o monopólio de exercer o direito de ação, só podendo a jurisdição se manifestar se for provocada. Continuam também com o monopólio de delimitar o objeto da demanda. Mas, com relação às prova, não faz sentido continuar como *coisa das partes*. Mais seguro do que simplesmente proibir o juiz de ter iniciativa instrutória é amarrá-lo à necessidade de fundamentação, de acordo com o estado dos autos, em todas as decisões pela produção de provas, bem como na oportunidade de as partes contraditarem as provas.

A controvérsia sobre o sentido e o alcance do princípio dispositivo é muito grande. Como conteúdo dele, a doutrina chega a mencionar que faz parte: provocação do exercício da jurisdição, através da propositura da ação; delimitação do objeto da demanda e, em conseqüência, do alcance da sentença; impulso oficial; indicação, produção e aporte de provas ao processo; extinção do processo por atos dispositivos, tais como a transação, a desistência, a renúncia ou o reconhecimento do pedido. Diante de tamanha controvérsia e falta de rigorismo terminológico, melhor tratar do princípio dispositivo apenas como reflexo que a relação de direito material disponível possa produzir no processo. A necessidade de ser provocado, através do exercício do direito de ação elaborado pelas partes, não faz parte do chamado princípio dispositivo, mas do *princípio da demanda*. Já o monopólio das partes, com relação à delimitação do objeto da causa, é melhor ser chamado de *princípio da inércia*. A iniciativa instrutória do juiz não faz parte do princípio dispositivo, uma vez que é regido pelo processo. O conteúdo do princípio dispositivo fica bastante reduzido, mas ainda existente; exemplos podemos encontrar no fato de que as partes continuam podendo renunciar, desistir ou reconhecer o seu direito.

REFERÊNCIAS

CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

GOMES, Sérgio Alves. **Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. 22. ed. Rio de Janeiro:[s.n.], 2003.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UNB, 1980.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1997. v.1.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Da iniciativa probatória do juiz no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2005. v.1.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v.1.