

A direção do processo e o papel do juiz no princípio Constitucional e Jurisdicional

Luiz Calixto Sandes *

A garantia constitucional do contraditório endereça-se também ao juiz, como imperativo de sua função no processo e não mera faculdade (o juiz não tem faculdades no processo, senão deveres e poderes). A doutrina mais moderna reporta-se ao disposto no art. 16 do Nouveau Códice de Procédure Civile Français como a expressão da exigência de participar, endereçada ao juiz. Diz tal dispositivo: "o juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele próprio o princípio do contraditório"; e também no moderníssimo Código de Processo Civil Português em sua redação atual estabelece que: "o juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo em caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito ou de fato, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as parte tenham tido a possibilidade de sobre ela se manifestarem" (art. 3º, 3 CPCP)

A globalização da ciência processual foi o canal da comunicação pelo qual uma regra de direito positivo de um país pode ser guindada à dignidade de componente deste princípio universal, transpondo fronteiras. A participação que a garantia do contraditório impõe ao juiz consiste em atos de direção de prova e de diálogo. A lei impõe ao juiz entre os seus deveres fundamentais no processo, o de participar efetivamente. Tal é a perspectiva do ativismo judicial, que vem sendo objeto de ardorosos alvites nos congressos internacionais de direito processual, marcados pela tônica da efetividade do processo. Opõe-se aos postulados do adversary system, prevalentes do direito anglo-americano, onde o juiz

participa muito menos (principalmente no tocante a colheita da prova) e desenvolve como se diz, a relatively passive role.

A direção do processo é feita em primeiro lugar pelo impulso do procedimento, do qual a lei expressamente carrega o juiz (art. 262 do CPC - o impulso oficial): não obstante seja das partes o interesse primário pela solução dos conflitos em que estão envolvidas, nem por isso se pode desconsiderar que o processo é o instrumento público de exercício de uma função pública - a jurisdição. Embora possam as partes ter a disponibilidade das situações de direito material, pelas quais litigam, não pode o Estado-juiz permanecer à disposição do que elas fizerem ou omitirem no processo, sem condições de cumprir adequadamente na função. O processo não é um negócio ou mesmo um jogo entre os litigantes, mais uma Instituição Estatal.

Ao enunciar que o processo civil inicia-se por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial, o art. 262 do CPC., deixa clara a distinção entre iniciativa e impulso. - sendo àquela absolutamente privativa das partes, mas cabendo o juiz endereçar o destino final os processos que, por iniciativa de parte, tenham sido iniciados.

Em princípio, por isso, as omissões dos litigantes não devem conduzir a paralisação do processo, sendo dever do juiz encaminhá-lo adiante segundo as regras do procedimento, para com isso poder realizar os objetivos da função jurisdicional mediante a prática do ato final desejável (sentença de mérito no processo de conhecimento e a entrega do bem na execução forçada). A regra do impulso oficial como desdobramento da participação que a garantia do contraditório impõe ao juiz, quer que ele realize ou determine os atos necessários independentemente dos requerimentos da parte. Somente em casos extraordinários, que a lei indica a omissão das partes, conduz à paralisação ou mesmo à extinção do processo. O juiz não precisa aguardar a iniciativa das partes, muito menos consultá-las previamente, para designar audiência preliminar de que trata o art. 331. do Código de Processo Civil; idem à audiência de instrução e julgamento; se a parte que requereu perícia persistir em não depositar os honorários prévios, o juiz seguirá adiante no procedimento sem essa prova, sendo indevida a extinção do feito neste caso. As hipóteses

de abandono do processo, responsáveis pela extinção deste, são de aplicação excepcional e nos estritos termos das previsões contidas no art. 267, II e III do CPC.

O juiz exerce o poder-dever de direção do processo também mediante a atividade de saneamento, que é por definição inquisitiva, e, portanto, independente de provocação das partes. Sanear significa depurar o processo de imperfeições deixando-o bom para prosseguir sem questões técnicas a resolver. Bem, saneado o processo resta somente produzir os meios de provas destinados ao julgamento das pretensões dos litigantes (mérito) e, naturalmente, julgar o mérito afinal. No procedimento ordinário brasileiro, é na audiência preliminar (art. 331 do CPC) que, em princípio, o juiz declara saneado o processo, havendo antes determinado a realização das providências regularizadoras (art. 317/328 do CPC), e sem embargo de continuar resolvendo questões processuais que sobrevierem. Isso normalmente não ocorre no processo do trabalho. Poderia-se aplicar o princípio da subsidiariedade, porém, em sua maioria os juízes não saneam o processo e quando o fazem é na audiência que pode ser uma ou de conciliação. O juiz sanea o processo, por exemplo, mandando que as partes regularizem a representação, sob pena de extinção ou revelia (art. 13 do CPC), chamando ao autor a suprir irregularidades da petição inicial, ou exigindo-lhe o recolhimento de custas, apreciando questões como a possibilidade jurídica do pedido, legitimidade, etc. Para nenhuma dessas providências ele depende da iniciativa da parte contrária. A efetiva direção do processo pelo impulso e saneamento, constitui fator importantíssimo para a celeridade da oferta de tutela jurisdicional, evitando atividades inúteis e retrocessos indesejáveis.

Outro dever do juiz moderno é o de ter iniciativas probatórias em certos casos. A visão tradicionalista do processo, com exagerado apego àquela idéia de um jogo em que cada um esgrima com as armas que tiver, levava a crença de que o juiz ao tomar alguma iniciativa de prova, arriscar-se-ia temerariamente a perder a imparcialidade para julgar depois. Tal era o fundamento do princípio do dispositivo, naquela visão clássica segundo o qual somente as partes provariam e o juiz permaneceria sempre au dessus de lá mêlée, simplesmente recebendo provas que elas trouxessem para ao final examiná-las e valorá-las. A vocação solidarista do Estado moderno, no entanto, que não permanece naquele laissez faire, laissez

passar da filosofia liberal, exige que o juiz seja um personagem participativo e responsável, não mero figurante de uma comédia. Afinal o processo é hoje encarado como um instrumento público que não pode ser regido exclusivamente pelos interesses, condutas e omissões dos litigantes - ele é uma Instituição do Estado, não um negócio em família, como dizia Liebman.

Por isso, o princípio do dispositivo vai sendo mitigado e a experiência mostra que o juiz moderno vem suprindo deficiências probatórias do processo, não se desequilibra por isso, nem se torna parcial. Isso não significa que o juiz assuma paternalmente a tutela da parte negligente. O que a garantia do contraditório lhe exige é que saia de uma postura de indiferença e, percebendo a possibilidade da produção de alguma prova que as partes não requereram, tome a iniciativa que elas não tomaram e mande que as produzam. Exige-lhe também para a efetividade da isonomia processual (art. 125, I do CPC), que diligencie o que a parte pobre não pôde ou não soube diligenciar (até porque, patrocinadas por advogados dativos, às vezes menos interessados). O processo moderno repudia a idéia do juiz Pilatos, que, em face de uma instrução mal feita resigna-se a fazer injustiça atribuindo à falha aos litigantes. O art. 399 do Código de Processo Civil dá expressamente ao juiz esse poder-dever de suprir deficiências probatórias; o art. 33 mandando que o autor adiante os honorários do perito, quando o exame tiver sido determinado de ofício pelo juiz, confirma esse poder. Ainda existem vozes doutrinárias contra essa maneira de ver a figura do juiz no processo, mas o compromisso que todo o juiz deve ter com o valor do justo, não pode permitir solução diferente. O dever de iniciativa probatória é maior quando a relação jurídico-material litigiosa é marcada pela indisponibilidade, como é o caso, por exemplo do processo do trabalho. Por exemplo, o juiz jamais julgará improcedente o pedido de equiparação salarial por insuficiência de provas, sob a alegação de que a empresa não trouxe aos autos o contracheque daquele de que se pretendia igualar-se. É menos intenso esse poder-dever nos dissídios de direitos disponíveis entre capazes, porém mesmo nessas hipóteses ele não se aniquila por completo porque isso significaria reduzir o juízo a mero espectador, sem consciência da função pública que exerce no processo.

O juiz participa do contraditório também pelo diálogo. A moderna ciência do processo afastou o irracional dogma segundo o qual o juiz que expressa seus pensamentos e sentimentos sobre a causa durante o processo estaria pré julgando, e, portanto, afastando-se do dever de imparcialidade. A experiência mostra que ele não perde a equidistância entre as partes quando tenta conciliá-las, mormente no direito do trabalho, avançando prudentemente em considerações sobre a pretensão mesma ou a prova, quando as esclarece sobre a sua distribuição - em que pese inexistir no direito do trabalho, porém aplica-se inadequadamente, acreditando-se para uma melhor efetividade do processo, o CPC - ou quando as adverte da necessidade de provar melhor. Tais premissas estão presentes, no processo do trabalho, na audiência de conciliação ou na fase de conciliação, quando a audiência for na forma do art. 845 da CLT., ou seja, uma, na qual o juiz tenta conciliar as partes e as alerta do onus probandi a cargo de cada uma delas. Não decai o juiz de sua dignidade quando, sentindo a existência de motivos para emitir uma decisão particularmente gravosa, antes chama às partes á manifestação sobre esse ponto. O juiz mudo tem também algo de Pilatos e, por temos ou vaidade, afasta-se do compromisso de fazer justiça. Essa última alternativa é também oriunda do art. 16 do Nouveau Códice de procédure Civile Français, segundo o qual "o juiz não pode fundamentar sua decisão sobre pontos de direito que ele próprio possa ter suscitado de ofício, sem ter previamente chamado às partes a apresentar as suas alegações". A riqueza dessa sábia disposição tem levado a doutrina a erigi-la também, em mandamento universal, inerente a garantia constitucional do contraditório e ao correto exercício da jurisdição. O juiz, por exemplo, que ouve as partes antes de extinguir o processo sem apreciação do mérito por uma ilegitimidade ad causam, não alegada pelo réu, e portanto não posta em contraditório pelas partes, não está manifestando uma pressuposta disposição contra o autor ou prejudgando, ao contrário, ele está oferecendo ao próprio autor uma oportunidade para, alegando, dissuadi-lo daquela impressão inicial.

Enfim a participação do juiz no processo, hoje, ainda não é aceita com tanta certeza de que estariam imparciais. Acredito ser uma questão de cultura. Porém, não estamos muito longe de se verificar tal participação corriqueiramente em nosso ordenamento, ainda mais com

doutrinadores que reforçam a cada dia essa necessidade para a satisfação mais justa do provimento jurisdicional.

Pós Graduado em Direito Civil pela UGF, pós Graduado em Direito Processual Civil pela UGF, pós Graduando em Direito do Trabalho e Legislação Social pela Universidade Estácio de Sá.

Disponível em:< <http://www.escriptorioonline.com/>> Acesso em.: 28 mai. 2007.