

OS PRINCÍPIOS DISPOSITIVO E DA LIVRE INVESTIGAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL

PINTO FERREIRA

Os princípios dispositivo e da livre investigação nas legislações processuais

As legislações processuais admitem diversos princípios básicos, entre eles os princípios *dispositivo* e da *livre investigação* no juízo probatório, variando a sua influência de acordo com a época e a política legislativa.

Esclarece Adolfo Schoenke: “Chama-se princípio dispositivo ou de controvérsia, segundo foi designado por Goenner (1801), aquele que no processo civil atribui às partes a tarefa de estimular a atividade judicial, trazer os materiais do processo. Os fatos não trazidos pelas partes não podem ser tomados em consideração pelo juiz; e em regra geral, tampouco podem ser praticadas as provas de ofício. O Tribunal Supremo recentemente o qualificou de princípio supremo do Código Processual Civil. O princípio dispositivo se contrapõe ao princípio inquisitivo, ou oficial, que rege no princípio penal (§§ 155, II, 244, II, Código Processual Penal), segundo o qual a reunião dos materiais do processo é fundamentalmente do juiz. O princípio inquisitivo tem aplicação — com certas limitações — nos processos matrimoniais, de família e de interdição”. (1)

O mesmo Schoenke prefere inclusive dar outra designação ao princípio inquisitivo: “poder-se-ia denominar este princípio — para evitar a expressão de princípio inquisitivo — “princípio de livre investigação”. Também tal nomenclatura é da preferência de Zirk e de De Boor. (2)

O nome princípio dispositivo é assim chamado desde a época de Goenner em 1801, depois se vulgarizando tal expressão (3).

James Goldschmidt mostra que no direito vigente domina o princípio *dispositivo*, que chama também princípio de *controvérsia* ou de *contradição*, em inúmeras partes da vida processual.

Escreve Goldschmidt: “O princípio processual dominante e de maior interesse no processo é o princípio dispositivo, supondo que no direito processual e civil pesa sobre as partes a carga de proporcionar os fundamentos da sentença e seus atos de postulação (petições, alegações, provas: “quod non est in actis (partium), non est in mundo”. Simples consequência dele é que o juiz deve ter como verdadeiro e que não é controvertido (princípio da verdade formal). O princípio contrário ao dispositivo é o da investigação, que domina o processo penal, e que recebe também os nomes de princípio inquisitivo, de instrução, ou princípio do conhecimento de ofício (princípio da verdade material)”. (4)

No Brasil, no CPC de 1973, o princípio dispositivo encontra agasalho no art. 2º, conforme o qual nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou interessado a requerer, nos casos e formas alegadas; bem como no art. 262, prescrevendo que o processo civil começa por iniciativa da parte.

O art. 2º concretiza o princípio da inércia da jurisdição, conforme o qual o magistrado não pode instaurar o processo por sua própria iniciativa (*ne procedat iudex ex officio*) e ainda o princípio da iniciativa da parte chamado de princípio dispositivo (*nemo iudex sine actore*), pelo qual o processo nasce mediante provocação do interessado.

O princípio da livre investigação aparece na parte final do art. 262 determinando que o processo civil se desenvolve por impulso oficial, este consagrando o poder de que está dotado o magistrado para produzir provas (art. 130), que é uma exceção ao princípio dispositivo.

O princípio dispositivo é suavizado na jurisdição voluntária (arts. 989, 1.129, 1.142, 1.160).

O Código de Processo Civil de 1973 assegurou ainda um avanço do princípio oficial, através dos arts. 262, parte final, 130, 131, 342, 413 e 416.

As legislações processuais consagram de preferência na atualidade o princípio dispositivo, mitigado e suavizado também pelo da livre investigação, algumas outras dando preferência a este último, tudo variando de acordo com a política legislativa, que se acomoda à forma liberal ou autoritária do Estado.

Doutrinas contrárias ao princípio dispositivo

Diversos juriconsultos e pensadores se manifestaram contrariamente ao princípio dispositivo, sobretudo Suarez (1746-1798), que inspirou o Ordenamento Judicial Geral Prussiano de 1793, conforme o qual o juiz não

está ligado às vinculações das partes e nem se limita ao que por elas foi discutido. (5)

Outro contraditor foi Ratz, considerando o princípio dispositivo desprovido de qualquer conteúdo ético. Outros ainda propõem a sua limitação. (6)

Posição mais radical é assumida por Baumbach, em 1938, propondo a abolição do próprio processo civil e sua absorção na jurisdição voluntária, daí resultando uma teoria da solicitação da decisão judiciária (*Antrag auf gerichtliche Entscheidung*), e não uma concepção da ação. (7)

Diversas designações dadas aos princípios dispositivo e de livre investigação na literatura jurídica alemã e austríaca

Os tratadistas e processualistas alemães e austríacos têm as suas designações apropriadas para os dois princípios antagônicos: dispositivo e de livre investigação.

Biomeyer alude ao princípio dispositivo. Thomas, Putzo e Habsheid usam a palavra *Dispositionsmaxime*.

Nikish se utiliza das duas expressões: *Verhandlungsgrundsatz* (máxima de debates) e *Inquisitiosmaxime* (ou máxima de inquisição). Outro processualista de renome como Rosenberg dicotomiza entre os dois princípios: *Untersuchungsmaxime* (máxima de investigação) também chamada de *Inquisitionsmaxime* (máxima inquisitiva), que se opõe à *Verhandlungsmaxime* (máxima de debates). Entretanto propõe que seria de melhor alvitre empregar o nome tradicional de *Dispositionsmaxime* (máxima dispositiva) em vez de *Verhandlungsmaxime* (máxima de debates), opondo-se o princípio dispositivo ao que nomina de *Offizialprinzip* (ou princípio de oficialidade).

Schoenke prefere a designação de princípio da livre investigação e princípio dispositivo, achando que a designação princípio inquisitivo é mais apropriada para o processo penal.

Biomeyer, já mencionado, contrapõe os dois princípios, princípio dispositivo e princípio de investigação de ofício.

Goenner, a quem se deve o nome princípio dispositivo, também chama a este de *Verhandlungsmaxime*, que contrapõe à *Offizialmaxime* ou princípio de oficialidade ou ainda princípio oficial.

Bernhardt fala do princípio de debates (*Verhandlungsmaxime*).

Thomas e Putzo referem-se aos dois princípios propostos chamados de *Ermittlungsgrundsatz*, correspondendo ao princípio dispositivo contraposto ao *Untersuchungsmaxime* ou máxima da investigação.

Endemann refere-se à máxima de investigação ou *Untersuchungsmaxime*.

Brung menciona dois princípios: o princípio dispositivo ou *Verhandlungsmaxime*, contraposto a outro princípio que ele chama de princípio de oficialidade (*Offizialprinzip*), este último também denominado de *Inquisitions*, *Instruktions*, ou *Untersuchungsgrundsatz* (princípio inquisitivo ou de instrução ou de investigação).

Pollak chama ao princípio dispositivo de *Dispositionsprinzip* ou *Verfuegungsgrundsatz*.

Lent e Jaurig distinguem os dois princípios: *Untersishungsmaxime* ou *Untersuchungsgrundsatz* diante da *Inquisitionsmaxime*.

Duas orientações diferentes nas qualificações processuais alemãs: a prevalência da máxima de inquisitorialidade e o princípio dispositivo

A estrutura das ordenações processuais civis alemãs tomou orientação diferente nos seus grandes sistemas práticos de direito processual. O Ordenamento Judicial Geral Prussiano de 1793 buscou a prevalência do princípio de inquisitorialidade, enquanto a ZPO de 1877 agasalhou por excelência o princípio dispositivo.

São assim modelos de legislação processual que se contrapõem no paralelo existente entre tais princípios, tanto na doutrina como na legislação processual, e que se concretizaram nas organizações práticas da processualística em um País rico de grandes doutrinadores e mestres deste ramo de direito.

Weltzell mostrou com precisão tal paralelo contraposto entre as duas máximas. (8)

O Ordenamento Judicial Geral Prussiano de 1793 conducente à busca da verdade objetiva

O Ordenamento Judicial Geral Prussiano de 6-7-1793 inspirou-se do pensamento de Suarez, consagrando o princípio inquisitório do processo civil, pretendendo a busca da verdade objetiva.

Conforme Suarez, o magistrado não está vinculado às alegações das partes nem ao que por elas foi discutido e debatido, porém tem o dever de buscar a verdade objetiva que se impõe às partes.

Por isto Goenner, a quem se deve a designação de princípio dispositivo, elaborando o seu conceito de princípio discussório, princípio de debate ou

Verhandlungsmaxime, que serviu de base à ZPO alemã de 1877, o firmou como contraposto ao princípio inquisitório do Ordenamento Prussiano de 1793.

A orientação liberal-individualista do processo civil da ZPO alemã de 1877

O pensamento liberal atuou na feitura da ZPO alemã de 30 de janeiro de 1877. (9)

O Ordenamento Processual Civil — *Zivilprozessordnung* (ZPO) é um grande monumento de codificação legislativa com disposições profundamente liberais. Para tal orientação o princípio do debate, ou o princípio dispositivo se fundamentava na idéia de que as partes seriam responsáveis pela alegação do material fático, que seria apreciado pelo magistrado. O processo civil era entendido como o momento e a oportunidade que as partes teriam no domínio do processo, reduzindo-se ao mínimo a influência do juiz do material do dito processo.

Sendo a princípio mínima a influência do juiz, operou-se contudo mais tarde uma tendência para o aumento dos poderes do juiz, como decreto datado de 1924 em que se introduziu o princípio da concentração e o julgamento conforme o estado dos autos. (10)

Foi a chamada *Lei sobre o procedimento em questões civis*, de 13 de fevereiro de 1924, intentando destacar com maior vigor na ordenação do processo o interesse da comunidade frente aos particulares, sendo segundo Schoenke o primeiro passo para um processo civil de alcance social (11). Foi tal lei que fortaleceu as faculdades do juiz na marcha do procedimento, preceituando medidas contra o alargamento e a dilação do mesmo, a supressão do domínio das partes sobre os prazos (§ 227), a introdução do princípio de concentração (§§ 278, II, 279, 283, 529), a decisão conforme o estado dos autos (§§ 251, a, 331, a) a obrigação de motivar a apelação (§ 519) e a criação do procedimento conciliatório (§§ 495 e s.). O texto da ZPO refundida se publicou em 13 de maio de 1924; ainda se seguiram posteriormente diversas modificações (12).

O Código de Processo Civil italiano e o princípio dispositivo

O Código de Processo Civil italiano de 1940 se baseia no princípio dispositivo como uma consequência natural de que a pretensão que se tem de efetivar em juízo permanece à disposição das partes como efeito jurídico dispositivo do próprio direito civil.

O princípio fundamental da ordenação processual italiana é de que o juiz só pode valorar as provas oferecidas seja pelas partes, seja pelo Ministério Público (art. 115).

Entretanto amplas exceções ocorrem nos Capítulos 117, 118 e 262. No procedimento do juiz de 1ª instância e do juiz de paz, pode ele ordenar de ofício a prova testemunhal, se a parte referir-se a pessoas que tenham possibilidade de conhecer a verdade (art. 317).

Resume Schoenke (cit., p. 38): “Portanto, o modelo italiano ainda incluiu no procedimento ordinário os princípios dispositivo e de investigação de ofício”. (13)

O Código de Processo Civil húngaro de 1911 e o princípio dispositivo

O Código de Processo Civil húngaro de 1911 também ampliou profundamente o princípio dispositivo, assim diferindo inclusive de Códigos como o austríaco, pois não conhece as limitações da prova documental e da prova testemunhal da legislação processual austríaca.

A prova testemunhal pode praticar-se de ofício pelo juiz, mesmo que ambas as partes se tenham manifestado em sentido contrário (CPC húngaro, § 288). O § 288, II, do mesmo Código, preceitua que “o tribunal pode, para a prática da prova testemunhal, exigir de cada uma das partes a nomeação de uma testemunha (§ 286) julgando conforme o § 270 o valor que deva dar-se à omissão da parte em fazer esta designação sem cláusula suficiente”. O tribunal pode ainda, conforme os mesmos requisitos, ordenar a exibição de um documento por uma parte, mesmo que nenhuma o tenha invocado (§ 326).

Daí a conclusão de Schoenke (op. cit., p. 38): “Mais quebrantado ficou o princípio dispositivo no Código Processual Civil húngaro de 1911.”

László Névai pretende que a finalidade da lei processual húngara se orientou no sentido de busca da verdade real. (14)

O ordenamento processual civil da Áustria e a obra de Klein

O Código Processual Civil austríaco de 1895 foi feito absorvendo o pensamento essencial de Klein para criar um processo civil rápido e popular. Ele buscou o caminho para uma mediação do procedimento, rapidez e concentração da matéria processual em uma instância, como característica de um direito processual austríaco. (15)

De outro lado existe na obra de Klein a idéia de um modelo processual civil *social*, pois ele considera o processo civil como um instrumento para o bem-estar social (*Wohlfahrkeinrichtunt*), uma ordenação de normas do poder tendo em vista a garantia tanto dos interesses comunitários como dos bens jurídicos individuais.

O processo civil tem então uma dupla finalidade: a terminação rápida dos conflitos para a proteção não só do interesse individual como do interesse social; a atuação do Estado na marcha do processo, conservando a responsabilidade do particular, porém coordenando com a atividade e complementação do Estado.

Trata-se assim de uma tutela jurídica do Estado que transcende a individualidade. (16)

Por isso mesmo a idéia *social* do processo permite ao juiz não somente um poder de direção material mais acentuado do processo, como também de direção formal, mas sem julgar *extra petita* ou *ultra petita*.

Conforme o direito austríaco, o presidente pode trazer de ofício os meios de prova (§ 183, I). A citação de testemunhas e exibição de documento não pode acordar-se quando ambas as partes se opõem (§ 183, II). A prova de inspeção judicial, a prova pericial, o interrogatório das partes pode ser determinada de ofício sem petição da parte (arts. 244, 266 e 288 do Código) (Schoenke, op. cit., p. 38).

O sistema de busca da verdade objetiva na Alemanha Oriental

Determinados autores advertem que o sistema processual da Alemanha Oriental se adaptava mais à busca da verdade objetiva, afirmando que a supressão do princípio dispositivo na dita qualificação processual equivaleria a permitir que o processo civil se orientasse sobretudo para a busca da verdade objetiva. (17)

As repúblicas populares da Alemanha Oriental foram extintas.

O princípio da busca da verdade objetiva do processo civil polonês

Wengerek (18) observa que o processo civil socialista polonês se orientava no sentido de realizar o princípio da verdade objetiva, o que significa admitir o princípio da oficialidade.

Como se sabe, a Polônia deixou agora de ser uma República Popular com a extinção da União Soviética e a sua transformação em democracia de cunho ocidental.

O modelo processual civil socialista e o princípio da oficialidade

O modelo processual civil socialista acentua uma tendência para o princípio da oficialidade. O Código da República Federativa Soviética Russa consagrou o princípio da oficialidade, buscando a verdade real no dever da veracidade, em proporção desigual nos diferentes Estados socialistas da época.

Convém acentuar que ocorreu atualmente a extinção do bloco socialista, com a queda da União Soviética e conseqüentemente das chamadas democracias populares, inclusive a Alemanha Oriental.

A influência de Klein no Código de Processo Civil austríaco e na legislação processual moderna

O Código de Processo Civil austríaco e as idéias de Klein tiveram ampla repercussão. Analisando esta projeção, Schoenke observa que o Código Processual Civil austríaco determinou as reformas posteriores da Ordenação Processual alemã de 1877 como também exerceu grande influência na legislação estrangeira, afirmando mesmo que é “a legislação processual civil moderna de maior prestígio” (19).

Ele serviu de modelo às codificações processuais civis nos países nórdicos (20).

Remata ainda Schoenke (op. cit., p. 25): “O Código Processual Civil da Iugoslávia, de 1929, seguiu no substancial o austríaco; e o polaco de 1930 se inspirou em grande parte no mesmo Código. Também os pensamentos do direito processual austríaco fizeram eco, por exemplo, no novo Código Processual Civil italiano de 1940. Finalmente se tem muito em conta o citado Código na reforma que se está fazendo no momento no Brasil”. Observe-se que este comentário de Schoenke é anterior à promulgação do Código de Processo Civil de 1973 do Brasil.

O princípio dispositivo no *Code de Procedure Civile* da França de 1975

O princípio dispositivo tem também o seu amplo agasalho no *Code de Procedure Civile* da França de 1975, como um dos mais recentes do mundo atual. Relembra Jean Vincent e Serge Guinchard (21): “O princípio dispositivo significa em sua primeira expressão que as partes têm a direção do processo o juiz deve permanecer neutro, entretanto, deve-se levar em conta o ofício do juiz que a esse respeito uma evolução se desenha no processo civil contemporâneo, evolução que tende a limitar a expressão primeira deste princípio”.

São os demandantes que expõem o ato introdutório da instância, suas conclusões, as pretensões, os elementos de direito e de fato que os justificam como causa. A direção do processo é inicialmente das partes.

A evolução do direito processual francês trouxe limites ao princípio dispositivo na época contemporânea “pelo acréscimo dos poderes do juiz na instrução do processo e pelo reconhecimento do caráter ativo do seu papel na determinação dos elementos de fato e de direito no processo”, como salientam os precitados autores.

Daí a necessidade de conciliar o princípio dispositivo e os poderes do juiz. As reformas recentes do direito processual francês tendem ao crescimento de tal poder (22). Daí a conclusão de Jean Vincent e Serge Guinchard: “Princípio dispositivo de processo inquisitório não se excluem sistematicamente”. (23)

NOTAS

(1) Adolfo Schoenke, *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1950, p. 31.

(2) Zink, *Ueber die Ermittlung des Sachverhalts im franzoesischen Zivilprozesse*, v. I, 1860, pp. 354 e s., que se pronunciou no mesmo sentido de Schoenke; De Boor, *Die Aufloekerung des Zivilprozesses*, 1939, p. 64 e s.

(3) N. TH. Goenner, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, Erlangen, 1802, 1ª ed., 1804-1805, 2ª ed., I-IV.

(4) James Goldschmidt, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Labor S.A., Barcelona-Madri, Buenos Aires-Rio de Janeiro, 1936, p. 82.

(5) Elísio de Creci Sobrinho, *Contribuição ao estudo do dever de veracidade das partes no processo civil*, São Paulo, 1972, pp. 181-2.

(6) Vide Calamandrei, *Rassegna di letteratura e ligislazioni straniere*, in *Riviste di diritto processuale civile*, 15:130, e s., Parte 1, 1938.

(7) Calamandrei, cit., p. 336 e s.

(8) G.W. Wetzell, *System des ordentlichen Zivilprozess*, Leipzig, 1878, 3ª ed., p. 517.

(9) Hans Welzel, *Die Wahrheitspflicht im Zivilprozess*, 1935.

(10) Richard Kann, *Zivilprozessordnung*; Einleitung, 1924; Rosenberg e Schwab, *Zivilprozessrecht*, 10. Aufl., 1969, p. 23.

(11) Schoenke, cit., p. 23.

(12) Sobre a reforma do Código Processual Civil vide: Baumbach, *Der Entwurf einer Zivilprozessordnung*, DJZ, 1931, 1.226, 1.469; Baumbach, *Zur Zivilprozessre-*

form, ZAK, 1942, 19; De Boor, *Zur Reform des Zivilprozesses*, 1939; De Boor, *Gerichtsschutz und Rechtssystem*, 1941; Goltschmidt, *Der Entwurf eine Zivilprozessordnung*, DJZ, 1931, 2.444; Hermann, *Zum Entwurf der deutschen Zivilprozessordnung*, DJZ, 1932, 390; Kisch, *Ziel und Were einer Zivilprozessreform*, DJZ, 1935, I; Rosenberg, *Zu dem Entwurf einer Zivilprozessordnung*, ZZP, 57, 185; Sonnen, *Zur Reform des Zivilprozessrechts, en Beitrage zur Erneuerung des deutschen Rechts* (Festgabe fuer Soldan, 1933).

(13) Esser, *Drehtsw.*, 1941, p. 1; Riezler, *Die Stellung des Richters im neuen italienischen Zivilprozessrecht*, na Zeitschr. fuer ausl. und internationales Privatr., 1940 a 1941, p. 731.

(14) László Névai, *Gerichtssystem und Zivilprozess des heutigen Ungarn*, in ZZP, 84, p. 369.

(15) Franz Klein e Friedrich Engels, *Der Zivilprozess Oesterreiches*, 1927, p. 192.

(16) Vide também: Cappelletti, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, trad. S. Melendo, Buenos Aires, 1972, pp. 126 e s.

(17) Jauernig, *Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand*, Fuebingen, J.C.B. Mohn-Paul Siebeck, 1967, Recht und Staat, p. 10, Heft, 339:340.

(18) Wengerek, *Les changements apportés à la procédure civile en Pologne par le Code de Procédure Civile de 1964*, in *Études sur le droit polonais actuel*, Mouton, 1968, pp. 116 e s.

(19) Vide a respeito: Satter, *Das Werk Franz Kleins und sein Einfluss auf neueren Prozessgesetze*, em ZZP, 60, p. 272; Schima, *Juristische Blaetter*, 1935, p. 421.

(20) Munch-Petersen, *Einfluss der oesterreichischen Zivilprozessordnung auf die skandinavischen Gesetzgebungen*, no Festschrift fuer Klein, 1914, p. 251; Simson, *Das neue schwedische Zivilprozessrecht*, no Zeitschrift fuer schweizerisches Recht, 1914, p. 129.

(21) Jean Vincent e Serge Guinchard, *Code de procedure civile*, Paris, 21ª ed., 1987, p. 388.

(22) Jean Vincent e Serge Guinchard, cit., p. 394: Principe dispositif et procédure inquisitoire ne s'excluent pass systématiquement.

(23) Vide a respeito: Bellamy, *Le pouvoir de commandement du juge ou le nouvel esprit du procès*, & J.C.P., 1973, I, 2522; Vienne, *le rôle du juge dans la direction du procès civil*, Congrès dr. int. comp., Hamburgo, 1962.