

## OS LIMITES CONSTITUCIONAIS À INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ CIVEL. PEQUENA ANÁLISE.

1. Segue a passos largos na Europa e nos Estados Unidos, a regra de que o juiz pode intervir plenamente na iniciativa das provas, iniciadas na França quando da reforma em 1975 “*Nouveau Code de Procedure Civile*” ; ainda o “*Federal Rules of Evidence*” dos EEUU de 1975 , e agora, a “*Transnational Rules of Civil Procedure*, do ano 2000, com as alterações de 2007, efetuadas pela *American Law Institute*, o que está gerando comentários a favor e contra.

2. No Brasil, necessário se faz analisar esta questão com base no nosso sistema constitucional – assim os arts. 1º, 3º, 4º, 5º, I, XIV, XXXIV, XXXV, XXXVII, XXXVIII, LIV, LV, LVI, LX, LXXVIII, 93, IX, dentre outros.

3. Podemos afirmar, que o nosso sistema constitucional valida certas iniciativas probatórias do juiz. A forma de atenuar o princípio da iniciativa exclusiva da parte, é feita pela própria constituição, quando fala do caráter social do Estado de Direito (ou Estado Democrático de Direito como pregam alguns), assim como no dever do juiz de velar pela efetividade da tutela dos interesses discutidos no processo para lograr deste modo, o que o preâmbulo da Constituição Federal proclama como valor superior do ordenamento jurídico: a justiça, que constitui sem dúvida alguma, no objetivo final da função jurisdicional.

4. A justiça, como valor superior do ordenamento jurídico, representa um ideal da sociedade, um objetivo a ser alcançado pelo ordenamento positivo, por isto o interesse público em que o resultado do processo seja justo. Logo, o Estado deve por a serviço de quem o dirige, todos os meios e poderes necessários, para que se possa alcançar tal fim.

5. Evidentemente, que o problema radica em dotar de conteúdo ou significado, o termo “justiça”, pois sua ambigüidade e falta de atos concretos podem propiciar certo decisionismo judicial.

6. Lembramos aqui o que o grande Hans Kelsen <sup>1</sup> definia como justiça: *“justiça para mim, existe naquela ordem social menor cuja proteção pode progredir na busca da verdade. E nesta busca da verdade dentro do processo, verdade imediata, em virtude do princípio dispositivo e do princípio da iniciativa da parte, pelos relatos fáticos dos respectivos litigantes e respeitando rigorosamente todos os direitos e garantias constitucionais, encontra sua justificativa na iniciativa probatória do juiz”*.

---

<sup>1</sup> Conferência de despedida como professor da Universidade da Califórnia em 27.05.1952. Esta conferência final foi reportada no livro “Que es Justicia”, Edit. Ariel, Barcelona, 1991 pp. 35 a 63.

6. Certo é, que as limitações próprias dos homens fazem com que nem sempre possamos alcançar a tão desejada “Justiça”, porém isto não pode ser obstáculo para que o legislador coloque em mãos do julgador, os meios suficientes para que possa utiliza-los na maioria dos casos para melhor julgar, principalmente, se isto não ferir preceitos constitucionais.

7- Como escreve Michele Taruffo <sup>2</sup>, ao estudar o conceito de “Justiça na decisão judicial proferida”: *“Esta nunca será justa, se fundamentada sobre uma determinação errada ou inexata dos fatos”*, pelo que conclui que a certeza do juiz sobre os fatos é uma condição necessária para que se possa afirmar que a decisão judicial é justa.

8- Ademais, como adverte este festejado autor <sup>3</sup> *“tudo isto é compatível com a teoria segundo a qual, o processo serve unicamente para resolver conflitos, não se aceitando como válida qualquer solução de conflito, e se em seu lugar, se pensa que este dever esteja baseado em algum critério de justiça, então por certo nos deparamos com o dever de reconhecer que a declaração judicial certa dos fatos, é condição necessária para se chegar a uma solução justa do processo”*.

9- Com base nestas linhas introdutórias, podemos afirmar que a iniciativa probatória *ex officio iudicis*, também não pode ser ilimitada, pois que pode entrar em conflito com direitos ou valores constitucionais que merecem ser protegidos. Dita iniciativa possui no nosso sistema constitucional três(3) relevantes limites, senão vejamos:

10- Em primeiro lugar, a prova determinada pelo juiz, deve necessariamente limitar-se aos fatos controvertidos ou discutidos pelas partes, em virtude do princípio dispositivo e pelo princípio da iniciativa da parte. Em conseqüência, são os litigantes quem devem trazer ao processo o material fático que fundamentam sua respectiva pretensão ou contraposição, não podendo o órgão jurisdicional levar a cabo nenhuma atividade tendente a investigar ou trazer fatos não alegados pelas partes, nem alterá-los, sob pena de incorrer a sentença em um vício de incongruência.

11- Em segundo lugar, é necessário que conste no processo, as fontes de prova sobre as quais terão lugar uma posterior atividade probatória do juiz (assim, por exemplo a identidade da testemunha e sua indicação). Somente desta forma, se evita que o juiz possa vir a atuar inquisitoriamente, ou utilize o seu conhecimento privado, a margem dos resultados que aparecem nos autos.

---

<sup>2</sup> Taruffo, Michele. *La prova dei fatti giuridici*, Edit. Giuffrè, Milano, 1992, p.43.

<sup>3</sup> Taruffo, Miche. *La prova dei fatti giuridici*, Edit. Giuffrè, Milano, 1992, p. 44.

12- Este limite tende a garantir a devida imparcialidade do julgador (principalmente na questão de ordem privada), na medida em que a sua atuação se restrinja unicamente as fontes probatórias que já constem dos autos e nunca a investigar novas fontes. No que tange a margem de utilização destas fontes probatórias, entendemos que o juiz não pode se exceder, pois poderia ser incontrolável sua fonte de conhecimento a respeito dos elementos probatórios por ele utilizado, o que pode comprometer a devida confiança que objetivamente o juiz deve merecer do judiciário e do jurisdicionado.

13- Finalmente, em terceiro lugar, é necessário que se respeite, em todo momento, o princípio do contraditório que qualquer litigante possui para desenvolver a prova, pelo que se deve permitir que o mesmo possa propor novas provas, e, evidentemente, participar da prática de toda atividade probatória. Deste modo, não se vulnera o direito da defesa constitucional contido no artigo 5º XXXV da Norma Fundamental.

14- Portanto, cada objeto protegido incide em um âmbito distinto da atividade jurisdicional: primeiro, no próprio processo e nos fatos neles discutidos; em segundo, no juiz e a sua devida imparcialidade; em terceiro, nas partes e no seu direito constitucional de plena defesa.

15- Por fim, a iniciativa probatória do juiz, ganha amplitude e um contexto maior no âmbito do processo de interesse coletivo ou de ordem pública, aqui estes limites se alargam, pois que o interesse público fala mais alto (Hector Escola).

André Luiz Maluf de Araújo  
Advogado e professor