

## A iniciativa probatória do juiz

*Manuela Pazos Lorenzo*

### 1.OBJETIVO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar criticamente o ponto de vista do autor José Roberto dos santos Bedaque em seu livro "Os Poderes Instrutórios do Juiz", com base em doutrina, jurisprudência, legislação e os princípios constitucionais e processuais existentes no mundo jurídico atual.

### 2.INTRODUÇÃO

Após ter lido a obra supra mencionada e observado as divergências existentes sobre os poderes instrutórios do juiz em relação às provas na condução e solução do processo e posicionamento do autor, me reporto a favor da possibilidade de iniciativa probatória do magistrado em busca da sentença justa e discordo da possibilidade de vir a ser aceita a prova ilícita.

### 3.DA INICIATIVA PROBATÓRIA DO JUIZ.

Prova é o modo pelo qual o magistrado toma conhecimento dos fatos que embasam a pretensão das partes. A regra é a admissibilidade das provas e as exceções devem ser expressas e taxativas, como ex. das provas ilícitas.

O código de processo civil no art.130, mitigando o princípio dispositivo por ele contemplado e contrariando a doutrina tradicional, consolidou os poderes do juiz na direção do processo não tendo seu alcance limitado pelo ônus da prova, previsto no art. 333, já que os momentos de incidência destes dispositivos são distintos, sendo o primeiro voltado para a instrução contraditória e o segundo para a fase decisória como leciona Bedaque.

Agindo assim, o magistrado demonstra uma preocupação com os fins sociais do processo, cuja visão publicista do mesmo exige um juiz comprometido com a efetivação do direito material.

Diante da idéia publicista do processo, não se admite mais o juiz como mero expectador da contenda judicial. Sendo reconhecida a autonomia do processo e consolidada a sua natureza de direito público, a função ordinária jurisdicional torna-se um dever do estado junto com os seus interesses e dos particulares. Assim, a partir do séc.XIX, os poderes do juiz foram aumentando paulatinamente, passando da figura de expectador inerte à posição ativa, cabendo-lhe o poder de determinar a realização de provas conhecendo ex-offício de circunstâncias que até então dependiam da alegação das partes.

Para Wambier (curso..., 5 ed., vol.1, p.445) “o poder instrutório do juiz existe para assegurar a tranqüilidade necessária para o julgamento perfeito, sempre que a prova de iniciativa da parte não for suficiente para seu convencimento”.

Humberto Theodoro Junior (curso..., 22 ed. vol. 1, p. 421.) sustenta que o juiz, “no processo moderno, deixou de ser simples árbitro diante do duelo judiciário travado entre os litigantes e assumiu poderes de iniciativa para pesquisar a verdade real e bem instruir a causa.”

A doutrina contrária a estas posições alega que o princípio do dispositivo está sendo ferido já que é estudado como o contraposto do princípio inquisitório ou princípio da livre investigação das provas, segundo o qual ao juiz é conferido o poder de iniciativa probatória, para a apuração dos fatos alegados pelas partes como fundamento da demanda.

Sendo tradicional, por princípio dispositivo, entende-se aquele em que o juiz depende da iniciativa das partes em relação à produção de provas, dessa regra, tem-se um entendimento de que este princípio impede dentre outras, a iniciativa probatória do juiz. Porém, diante do lado publicista do processo, não se admite mais a idéia de um magistrado inerte diante do processo.

Não se quer desvirtuar o princípio dispositivo, mas adequá-lo conforme a moderna processualística que tem por finalidade tornar efetivo o acesso à jurisdição, atingindo o objetivo de manter a paz e à ordem jurídica. Neste sentido constata Mauro Cappelletti (1), que “atualmente admite-se em geral que a utilização de um juiz mais ativo pode ser um apoio, não um obstáculo, num sistema de justiça basicamente contraditório, uma vez que, mesmo em litígios que envolvam exclusivamente duas partes, ele maximiza as oportunidades de que o resultado seja justo e não reflita apenas as desigualdades entre as partes”.

Podemos concluir dessas lições, que a nova face do princípio dispositivo rompe com a tradicional doutrina, traduzindo-se apenas na liberdade que as partes têm, em face da natureza do direito subjetivo material, de dele dispor a qualquer tempo, iniciando ou não o processo, ou dele desistir, uma vez iniciado. Às partes incumbem

privativamente a iniciativa das alegações e dos pedidos. Contudo, deflagrado o processo, no campo probatório, o juiz não fica adstrito às provas requeridas pelos litigantes, podendo, para formar adequadamente a sua convicção, proceder de ofício a realização de diligências necessárias ao cabal esclarecimento dos fatos probandos, dirigindo materialmente o processo a um final com solução justa.

Claro que o juiz não deve ignorar o princípio da repartição do ônus da prova imposto às partes. Porém, a ele não se reserva apenas o papel secundário de observador inerte, distante do embate dialético das partes, simples fiscal incumbido de vigiar-lhes o comportamento, para assegurar observância das “regras do jogo” e no fim proclamar o vencedor, e sim posição ativa também na determinação das provas necessárias ao esclarecimento da verdade. O caso concreto é que vai ditar a atuação do juiz na produção de alguma prova ex- officio, respeitando sempre o contraditório e a igualdade das partes.

#### 4.DAS PROVAS ILÍCITAS.

Na Magna Carta de 1988, no rol dos direitos e garantias individuais, no seu artigo 5º, LVI encontramos referência às provas ilícitas onde estabelece que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Considerando-se como provas ilícitas as obtidas com violação da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem, do domicílio, e das comunicações, salvo nos casos permitidos no inciso XII, do mesmo artigo, a das comunicações telefônicas.

As provas ilícitas são as chamadas provas vedadas, porque não podem ser trazidas a juízo ou invocadas como fundamento de um direito. Pelo mesmo motivo, enquadram-se dentro das provas ilegais, ao lado das provas ilegítimas.

Para uma corrente processualista o direito não pode prestigiar o comportamento antijurídico, nem consentir que dele tire proveito quem haja desrespeitado o preceito legal, com prejuízo alheio; por conseguinte, o órgão judicial não reconhecerá eficácia à prova ilegitimamente obtida.

Na opinião do professor Arnaldo Siqueira, a partir de 1988 não houve possibilidade de aceitação de provas obtidas dessa maneira. Isto porque em seu entendimento o Direito brasileiro não adota a teoria da proporcionalidade (do Direito alemão) ou da razoabilidade (do Direito dos EUA), no qual o magistrado pode considerar a prova ilícita após uma avaliação entre os direitos e os interesses em confronto, constitucionalmente assegurados, desde que o caso seja de extrema importância.

A aceitação da prova ilícita fere, além dos princípios constitucionais, o princípio jurídico onde informa que tudo, em matéria de regramento de direito processual, deve ser feito de acordo com a lei. No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio jurídico pode ser entendido como determinante da conformação das regras processuais em geral com os princípios processuais constitucionais, que, com sede na CF, devem

nortear toda elaboração legislativa infraconstitucional. Por outro prisma, o princípio jurídico, significa que tudo quanto se faça no processo (em cada processo) deve ser feito em rigorosa conformidade com a lei, garantindo-se a igualdade das partes e a justiça da decisão que venha a ser prolatada pelo juiz.

Existindo uma sentença, que tiver se baseado em provas ilícitas, será nula e poderá ser desconstituída pela via da revisão criminal, caso em que o juízo rescisório poderá, examinando o mérito, absolver o imputado.

### Princípio da proibição da prova ilícita

Às partes cabe o ônus de produzir as provas, na exata medida dos interesses que estejam a defender na causa; é precisamente com vistas ao exercício dessa atividade que assume especial importância o princípio da liceidade dos meios de prova.

O artigo 332 do Código de Processo Civil menciona qual o tipo de prova admitido no processo:

”Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação e a defesa.”

Ex. de prova ilícita em um processo:

Detetive particular confirma ser o autor das gravações que comprometem o

prefeito de Pompéu e diz ter sido contratado pela mulher do político. Ela acreditava estar sendo traída.

No entanto, as imagens do detetive, apesar de comprometedoras, por si só não valem como prova no inquérito policial, explica o procurador de Justiça, Ronald Albergaria, um dos três representantes do Ministério Público que investigam as denúncias. “É uma prova ilícita para nós porque foi feita sem autorização judicial. Por outro lado, é importante porque nos permite identificar testemunhas e recuperar histórico dos acusados” observa.

Um magistrado não pode levar em consideração uma prova ilícita, seja nas sentenças/ acórdãos, seja nos despachos ou no momento de inquirir testemunhas, embora convenha deixá-la nos autos, a fim de que a todo momento a parte prejudicada possa tomá-la em consideração para vigiar o convencimento do juiz.

Assim, o princípio em comento prevê a inadmissibilidade da utilização de provas, no processo civil ou penal, obtidas por meios ilícitos ou moralmente

ilegítimos, conforme dispõe o art. 5º, inciso LVI da Constituição Federal e artigo 332 do Código de Processo Civil.

Em síntese, os princípios consagrados constitucionalmente, garantem ao cidadão o livre acesso ao poder judiciário, a fim de proteger ou reparar dano a direito seu, sendo julgado por órgão competente, juiz imparcial, através de atos públicos, com provas lícitas e legítimas e com decisão fundamentada.

## 5.BIBLIOGRAFIA

NERY JR., Nelson. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994

SILVA, De Plácido. Vocabulário jurídico. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

LIMA, Arnaldo Siqueira de. Provas lícitas e ilícitas. <<http://www.jus.com.br>>

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil, Revista dos tribunais

THEODORO JR., Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 14ª ed. v. I Rio de Janeiro: Forense, 1995.

ROSAS, Roberto. Direito Processual Constitucional - Princípios Constitucionais de Processo Civil. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2621/A-Iniciativa-Probatoria-do-Juiz>

Acesso em: 16 jun. 2009.