

FLÁVIO LUIZ YARSHELL

*ANTECIPAÇÃO DA PROVA
SEM O REQUISITO
DA URGÊNCIA
E DIREITO AUTÔNOMO
À PROVA*

 **MALHEIROS
EDITORES**

Capítulo IV – ANTECIPAÇÃO DA PROVA E DEVERES DAS PARTES

28. *dever, ônus e sujeição em matéria de prova* – 29. *deveres de lealdade e de colaboração (em tema de prova): relevância do direito material debatido?* – 30. *dever de veracidade e momento de constituição da prova* – 31. *segue: dever de veracidade e “dever geral de informação”* – 32. *dever de colaboração (na prova) e princípio do contraditório* – 33. *segue: contraditório visto como participação voltada à formação do convencimento das partes* – 34. *deveres de colaboração e cooperação: exame na perspectiva da prova produzida no processo declaratório* – 35. *segue: colaboração das partes e providências de instrução preliminares ou antecipadas* – 36. *dever de colaboração das partes e poder de instrução do juiz* – 37. *dever de pré-constituição da prova: comportamento das partes diante da eventualidade da disputa judicial* – 38. *segue: dever de não pré-constituir prova ilícita* – 39. *segue: pré-constituição da prova e abuso de direito* – 40. *segue: dever de valoração da prova pré-constituída* – 41. *conclusão do capítulo.*

1.

28. *dever, ônus e sujeição em matéria de prova*

Em doutrina, normalmente, ao ensejo da assertiva de que provar os fatos alegados é um típico ônus das partes, costuma-se negar que referida posição jurídica possa ser tecnicamente qualificada como um *dever*.¹

1. Assim: Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, vol. II, p. 374; Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile*, vol. I, pp. 53 e ss. Na doutrina mais recente: Rui Manuel de Freitas Rangel, *O ônus da prova no processo civil*, p. 90; Marcelo José Magalhães Bonício, *Proporcionalidade e processo*, p. 81; Eduardo Cambi, *Direito à prova*, p. 314. Esse último, ao tratar do ônus da prova em seu sentido subjetivo, chega a falar em “liberdade-responsabilidade” das partes, mas o faz apenas para enfatizar a natureza de ônus da aludida posição processual (cf. ob. cit., p. 322).

Isso, a princípio, parece ser lógico e coerente, na medida em que, se a prova se qualifica como um imperativo do próprio interesse, cuja não-observância só pode trazer prejuízo ao próprio titular, não haveria como sancionar o interessado por não produzi-la,² exceto se entendido o termo “sanção” em um sentido demasiadamente amplo e genérico, abrangente de quaisquer consequências processuais – nesse caso, desfavoráveis – decorrentes da inércia da parte.

Como é sabido, o dever jurídico é estabelecido em favor de um interesse estranho ao do sujeito cuja conduta se busca vincular, e isso é o que tradicionalmente o distingue do ônus. Mas, conforme já se teve oportunidade de salientar,³ a qualificação da prova como um ônus – se entendido como imperativo do próprio interesse – parece mesmo ser imperfeita ou, quando menos, insuficiente diante da premissa de que no processo a descoberta da verdade atende não apenas ao interesse da parte, mas também ao interesse do Estado que presta a jurisdição. A verdade proporcionada pela prova – ainda que se traduza, nos limites do possível, em um juízo de verossimilhança e probabilidade – é instrumento para edição de decisões justas e, em alguma medida, contribui para a segurança jurídica.⁴ Vale dizer: a prova se apresenta não apenas como instrumento para o êxito da parte em juízo, mas, em boa medida, como elemento apto à consecução dos escopos jurídico e social do processo. Portanto, parece realmente inegável que o desatendimento do ônus de provar atribuído aos sujeitos parciais – ainda que visto sob seu prisma objetivo – não acarreta consequências desfavoráveis apenas para uma das partes, mas, em alguma medida, para o interesse público que está presente no processo.

Parece ser por isso que, embora sem se desligar do conceito de *ônus*, a prova acaba se conectando – no âmbito doutrinário e mesmo

2. Moacyr Amaral Santos observou que, “em regra, em qualquer sistema, não se deve obrigar nem se deve impedir a participação dos litigantes”. Invocando a lição de Lessona, o processualista afirmou que a obrigatoriedade complicaria o processo e aumentaria o respectivo custo. A intervenção das partes seria, sob essa ótica, “coisa de puro interesse privado” (cf. *Prova judiciária no cível e comercial*, vol. I, p. 288).

3. V., supra, Capítulo II, nn. 7 e 8.

4. Em certa medida relacionando a busca da verdade com os escopos jurídico e social do processo, Humberto Theodoro Jr., ao tratar do *abuso no direito processual*, observou que sua repressão busca “eliminar a pior mácula que uma atividade de pacificação social poderia apresentar, a mentira e, conseqüentemente, a injustiça” (cf. “Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro”, in José Carlos Barbosa Moreira (coord.), *Abuso dos direitos processuais*, p. 107).

em diferentes sistemas legislativos⁵ – também à idéia de *dever*; que ora aparece sob as vestes de um dever “de colaboração” ou “de cooperação”, ora se revela – quiçá até com mais contundência – como um dever “de veracidade” atribuído às partes.

Especialmente nessa última perspectiva, associa-se tal dever a um princípio de lealdade,⁶ de probidade ou, mesmo, de moralidade – não restritos às partes, mas reguladores da conduta de todos os sujeitos da relação jurídica processual –, cuja violação caracteriza “abuso de direito processual” e vem tipificada como conduta caracterizadora de litigância de má-fé, a ensejar verdadeiras *sanções*; que, por outro lado, podem e devem ser entendidas em seu sentido mais amplo, não apenas como conseqüências desfavoráveis, mas, sim, como medidas tendentes a reforçar a observância de suas normas ou remediar os efeitos de sua não-observância.⁷

Nesse particular, o que se constata é que a “passagem” – se é que se pode usar tal palavra – do ônus para o dever de provar resulta em boa medida da ênfase para o aspecto ético, que, não apenas na prova, deve estar presente no processo, como instrumento da jurisdição. Basta ver que a formulação teórica da distribuição do ônus da prova ganhou reforçada inspiração em componente daquela natureza quando, por exemplo, se preconizou que a prova – vista em perspectiva de “cargas dinâmicas” – incumbe a quem tenha melhores condições substanciais de obtenção e produção, considerando-se a posição dos litigantes e seu acesso às provas relevantes.⁸

A propósito, não será demais registrar que o *dever* também não pode ser equiparado conceitualmente à idéia de *sujeição*, entendida esta como uma contrapartida do poder ou dos ditos direitos potestativos. As-

5. Para exame tanto no plano doutrinário quanto, especialmente, em diferentes sistemas legislativos, v. José Carlos Barbosa Moreira (coord.), *Abuso dos direitos processuais, passim*. É obra que congrega relatórios elaborados por professores de diferentes países apresentados no Congresso da Associação Internacional de Direito Processual realizado no ano de 1998 em Nova Orleans.

6. Na doutrina, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart distinguem o dever de colaborar e o de lealdade, sustentando que o art. 302 do CPC brasileiro, ao dizer que fatos não impugnados se presumem verdadeiros, abriria exceção ao princípio da colaboração com a verdade (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 5, t. I, p. 241). Referidos autores falam no *dever* – e não no *ônus* – de o réu se manifestar sobre os fatos narrados na inicial (cf. ob. cit., p. 245).

7. Com essa amplitude, Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, 20ª ed., p. 673.

8. Pensamento bem sintetizado por Jorge W. Peyrano, *Cargas probatorias dinâmicas*, especialmente pp. 60 e ss.

sim, enquanto naquele há imposição de uma prestação positiva ou negativa, passível de ser tutelada por uma sanção, na outra simplesmente se opera uma submissão à produção de determinados efeitos jurídicos.

Distinção dessa ordem, que tem relevância conceitual, não significa dizer, por outro lado, que o tema da prova não possa também se relacionar à idéia de sujeição.

Primeiro, a perspectiva da prova como um autêntico *direito* remete ao debate que analogamente se travou a propósito da natureza jurídica da ação. Se esta pode ser vista e entendida como autêntico *poder* e se é verdade que a prova não deixa de ser desdobramento da garantia da ação, então, não parece despropositado pensar na situação de autêntica sujeição gerada pela invocação do “poder de provar”.⁹ Isso, para ilustrar, parece nítido quando se pensa no poder de investigação do Ministério Público.¹⁰ É tema a ser desenvolvido ao ensejo do exame do direito à prova.

Segundo, quando se pensa no poder de instrução do juiz, mais uma vez é preciso considerar que o exercício de tal posição jurídica conduz à idéia de sujeição das partes, ainda que atenuada, em certa medida, pela técnica do ônus, que, dispensando a prática de atos de coerção, remete o interessado diretamente a conseqüências jurídicas desfavoráveis.

29. *deveres de lealdade e de colaboração (em tema de prova): relevância do direito material debatido?*

Embora, como sugerido, a busca de autênticos deveres em matéria de prova resulte da valorização do componente ético que necessariamente está contido no processo (instrumento a serviço de escopos do Estado), a delimitação do correspondente conteúdo não deixa de ser problemática, sendo consideravelmente difícil determinar até onde se pode exigir das partes, no contexto de garantias constitucionais como as do contraditório e da ampla defesa, que produzam e que tragam aos autos elementos (alegações e provas) que eventualmente desprestigiem a tese defendida por elas próprias no processo. Afinal, indaga-se: em matéria de fatos e de prova, até onde vai o dever de lealdade e até que ponto sua violação caracteriza abuso de direitos processuais e, em relação às partes, eventual litigância de má-fé? No mesmo contexto, qual o conteúdo e o alcance do dever de colaboração?

9. Sobre a perspectiva da ação como poder, entre nós, v., por todos, Cândido Rangel Dinamarco, *Execução civil*, p. 366.

10. V. Capítulo V, n. 44.

Ilustra essa dificuldade a aferição de que a ênfase para tais postulados não se verifica – não, ao menos, com a já acenada intensidade, nem ao menos para o acusado – no âmbito do processo penal.¹¹ Conquanto também este certamente seja marcado pelo componente ético, a ênfase para a defesa do demandado, embora não chegue ao ponto de autorizar que proceda de forma contrária ao direito, afasta a cogitação de situações caracterizadoras de litigância de má-fé ou mesmo de um dever de colaboração; que, sem meias-palavras, equivaleria à contribuição do réu para sua própria condenação.¹²

Certamente, as perspectivas do direito material penal a atuar são peculiares; e, nesse ponto, realmente não parece ser possível um tratamento – não, ao menos, sem ressalvas – em nível de teoria geral do processo. Contudo, a constatação não deixa de ser intrigante, porque, afinal de contas, é de se presumir que *ética* e *lealdade* sejam conceitos que não comportam – ou não deveriam comportar – variação ditada pela natureza dos direitos discutidos no processo, invariavelmente um instrumento posto a serviço do Estado, para atuação em concreto das normas por ele antes editadas de forma geral e abstrata.

Por outro lado, se o que dita a preponderância do contraditório e da ampla defesa sobre a exigência de lealdade e de colaboração é a indisponibilidade dos valores no plano substancial (no caso do direito penal, a liberdade), então, é de se indagar se seria lícito excluir ou mitigar tais deveres nos processos civis que versam direitos indisponíveis. Para dar exemplo contundente, pense-se, novamente, nas *chamadas ações de im-*

11. Reconhecem-no, entre nós, Cíntia-Grinover-Dinamarco: “O estatuto processual penal não denota especial preocupação com a lealdade processual”. Mesmo a ressalva que fazem diz com regras – arts. 799 e 801 do CPP – que estabelecem deveres do escrivão, do juiz e do Ministério Público (cf. *Teoria geral do processo*, 25ª ed., p. 78). Da mesma forma, na doutrina, Fernando Capez, *Curso de processo penal*, p. 24. Paradoxalmente, José Frederico Marques, marcando a diferença entre *ônus* e *dever*, observou que: “No processo penal, os deveres e obrigações preponderam sobre os ônus, ao contrário do que sucede no Código de Processo Civil” (cf. *Instituições de direito processual penal*, vol. II, p. 46).

12. Embora no contexto do processo civil (e até por isso mesmo), relevante a observação feita por Liebman no sentido de que, pela estrutura dialética daquele (o processo civil), “é essencialmente refratário a uma rigorosa disciplina moralista do comportamento daquelas [partes]. Se cada litigante pode contar, para vencer, apenas com sua própria capacidade de explorar os elementos favoráveis, não se pode pretender que forneça também os que lhe são desfavoráveis e poderiam favorecer o adversário. Um dever nesse sentido não teria qualquer probabilidade de ser observado, e seu único resultado seria o de pôr em dificuldade e em situação embaraçosa a parte mais honesta” (cf. *Manual de direito processual civil*, 3ª ed., vol. I, p. 166).

probidade administrativa, nas quais as sanções passíveis de imposição,¹³ conquanto tenham natureza civil, aproximam-se muito da penal;¹⁴ ou mesmo nas controvérsias envolvendo incapazes;¹⁵ ou, então, situadas no direito de família, abrangentes de temas como reconhecimento ou negação de paternidade,¹⁶ ruptura da sociedade conjugal¹⁷ ou, ainda, pátrio poder e guarda de filhos. Em algum desses casos, é pertinente indagar: seria também adequado mitigar ou, mesmo, excluir os deveres de veracidade e de colaboração?

Sem ainda dar resposta a essa e às precedentes indagações, é de se notar também que, justamente nos processos civis que versam direitos indisponíveis, a superação da falta de lealdade ou de colaboração de uma das partes presumivelmente não pode se dar mediante o recurso à muito eficaz técnica – ligada ao conceito de *ônus* – da confissão ficta; empregada entre nós, por exemplo, ao ensejo da recusa ao depoimento pessoal,

13. Cf. disposições da Lei 8.249/1992.

14. Assim, na doutrina: José Augusto Delgado, “Improbidade administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa”, in Cássio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho (coords.), *Improbidade administrativa*, 2ª ed., p. 269; Wallace Paiva Martins Jr., *Probidade administrativa*, 2ª ed., p. 342; Fábio Medina Osório, “Princípio da proporcionalidade constitucional: notas a respeito da tipificação material e do sancionamento aos atos de improbidade administrativa reprimidos na Lei 8.492/1992”, *RTDP* 26/267 e 271-272; Edilson Pereira Nobre Jr., “Improbidade administrativa: alguns aspectos controvertidos”, *RDA* 235/83. Fábio Konder Comparato (“Ações de improbidade administrativa”, *RTDP* 26/158) fala que se pode, “em teoria, discutir sobre se a ação de improbidade administrativa tem natureza cível, ou se ela é *sui generis*”.

15. Nessas hipóteses seria preciso, ainda, saber em que medida o incapaz, parte no processo, poderia ser sancionado por ato que pratica por intermédio de seu representante legal. Em doutrina, negam a possibilidade de confissão ficta, em se tratando de incapaz, Ovídio Baptista da Silva (cf. *Curso de processo civil*, 1ª vol., pp. 334-335) e Ernane Fidélis dos Santos (cf. *Manual de direito processual civil*, vol. I, p. 506).

16. A propósito, lembre-se a regra do art. 232 do CC, que estabelece presunção (relativa) de paternidade resultante da recusa da parte de se submeter ao exame pericial hematológico – autêntica confissão ficta quanto a essa matéria de fato.

17. Ainda que a “culpa” pela separação – cujo reconhecimento ensejaria alguma “sanção” – seja de relativa ou nenhuma importância nos atuais quadrantes do direito de família. A propósito, v. Yussef Said Cahali, *Divórcio e separação*, 10ª ed., pp. 47-48; Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil – Direito de família*, vol. VI, p. 184; Maria Berenice Dias, *Manual de direito das famílias*, pp. 107-110; Rolf Madaleno, *Direito de família – Aspectos polêmicos*, 2ª ed., pp. 174 e ss.; Cristiano Chaves de Faria, *Escritos de direito de família*, 1ª ed., pp. 56 e ss.

da falta de contestação (revelia), da recusa à exibição de documentos¹⁸ ou da inércia na apresentação de elementos para elaboração de memória de cálculo em execução.¹⁹

A propósito, não deixa de ser relevante observar, também, que nos sistemas anglo-saxônicos, sem que aparentemente se coloque em dúvida a garantia à ampla defesa e ao contraditório, o abuso do processo é, no entanto, combatido e sancionado de forma consideravelmente contundente por meio dos mecanismos inerentes ao *contempt of court*; que – não será demasiado lembrar – podem até mesmo atingir os procuradores das partes e que, por outro lado, vigoram tanto para o processo civil quanto para o penal.²⁰

30. *dever de veracidade e momento de constituição da prova*

Sem embargo das constatações e especialmente das perplexidades anteriormente expostas, é preciso investigar o conteúdo dos já mencionados deveres, a começar pelo de lealdade, que, em tema de prova, parece se traduzir de forma mais relevante no assim denominado *dever de veracidade*; embora em doutrina haja quem busque apartar uma coisa da outra.²¹

Não obstante já tenha sido repudiado em clássica página doutrinária (por ser eventualmente incompatível com o princípio dispositivo),²² a

18. O que ainda mais avulta quando a medida, tendo caráter autônomo, destina-se precisamente à obtenção de elementos imprescindíveis à verificação da viabilidade de futura demanda, e que permitam ao interessado desincumbir-se do respectivo ônus de alegação; aspecto bem apanhado por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, ao sustentarem o emprego de medidas coercitivas ou mesmo de sub-rogação – no caso, de busca e apreensão (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 5, t. II, pp. 136-137).

19. Na ordem indicada no texto, a confissão ficta decorrente da não-observância do ônus vem estatuída nos arts. 343, § 1º, 320, 359 e 475-B, § 2º. Por outro lado, os limites indicados no texto decorrem das regras dos arts. 320, II, 302, I, e 351 do CPC; e que, em algum medida, inspiram também os limites impostos à citação por via postal, conforme regra do art. 222 do CPC (certamente pelos riscos que a relativa informalidade do ato gera para a validade do processo).

20. Entre nós, Ada Pellegrini Grinover, “Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciais: o *contempt of court*”, in *A marcha do processo*, p. 65.

21. Cf. Alcides de Mendonça Lima, “O dever de veracidade no Código de Processo Civil brasileiro”, *RF* 172/44. V. também a nota seguinte.

22. Assim, Calamandrei, “Sul progetto preliminare Solmi”, in *Opere giuridiche*, vol. I, p. 351. Situando o tema no contexto do princípio dispositivo e ao criticar a proposta de inserção no Código de Processo Civil italiano, que então estava sendo

admissibilidade do dever de veracidade das partes resulta não apenas de construção doutrinária, mas também de posituação por diferentes ordenamentos, dentre os quais o brasileiro, conforme regra inserta no art. 339 do CPC, completada de certa forma pelas normas contidas nos arts. 14, I e III, e 17, I e II, do mesmo diploma, quando repelem o que se poderia traduzir como “vedação à *alteração da verdade dos fatos*”.²³

Sem embargo da imprecisão muitas vezes reinante nessa matéria, por vezes marcada por considerações algo genéricas²⁴ e por disposições eventualmente contraditórias,²⁵ parece lícito daí extrair que o dever em questão é mesmo caracterizado por um elemento subjetivo, que ora se traduz no dolo, ora na simples culpa: entende-se violar o dever aquele que alega fatos que, de antemão, sabe – ou razoavelmente deveria saber – inverídicos.²⁶

preparado, de um dever de veracidade das partes, Calamandrei sustentou que tal dever é só das testemunhas, porque as afirmações das partes, verdadeiras ou não, só servem para fixar o *thema probandum*. Fazendo ressalva e distinção entre esse dever e o genérico de boa-fé, Calamandrei diz que “il giudice non solo ha il dovere di credere a quanto la parte afferma, ma anzi ha il dovere di non credervi, in quanto la parte affermi fatti favorevoli al suo proprio interesse”. Entre nós, de forma mais ampla, quanto ao dever de lealdade, assim registraram Cintra-Grinover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 25ª ed., p. 78: “Parte da doutrina mais antiga manifesta-se contrariamente ao princípio da lealdade, principalmente no processo civil, por considerá-lo inquisitivo e contrário à livre disponibilidade das partes e até mesmo ‘instrumento de tortura moral’” (embora os autores afirmem que se trata de visão coerente com uma perspectiva liberal do processo e, portanto, superada).

23. Assim, na doutrina nacional, João Batista Lopes, “O juiz e a litigância de má-fé”, *RT* 740/130.

24. Comentando a regra do art. 17 do CPC, José Roberto Bedaque observou que: “As descrições das condutas consideradas inadmissíveis são repletas de termos abertos, com contornos indefinidos”, de tal sorte que “o sentido das expressões sem conteúdo preciso é determinado pelo juiz, que dispõe, nesses casos, de maior liberdade de interpretação, pois lhe compete o preenchimento das expressões sem conteúdo definido” (in Antônio Carlos Marcato (coord.), *Código de Processo Civil interpretado*, p. 92).

25. Tome-se como exemplo o rol de “deveres” contido no art. 340 do CPC, que, em relação à parte, estabelece o que mais adequadamente se poderia traduzir como verdadeiros ônus.

26. Assim, expressivamente, Elício de Cresci Sobrinho, *Dever de veracidade das partes no processo civil*, pp. 108 e ss., especialmente pp. 125, 129, 133 e 136, com amplas referências bibliográficas, notadamente nas doutrinas austríaca e alemã; esta também referida, mais recentemente, por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, ao reafirmarem que a verdade exigida “é de índole subjetiva”, sendo suficiente que “a parte acredite naquilo que afirma” (cf. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 207). Na doutrina mais recente, Eduardo Oteiza, “Abuso de los derechos procesales en América Latina”, *RePro* 95/20-22.

O tema está indubitavelmente ligado ao da prova, na medida em que, no processo (e mesmo antes dele), é dessa que resulta o que é a verdade e, em senso contrário, o que é a “mentira processual”.²⁷ Por outras palavras, até mesmo em termos lógicos, só se pode entender que age em desconformidade com o dever de veracidade aquele que, dispondo de elementos para avaliar o que é provável (avaliar o que seria a verdade), porta-se em juízo de forma contrária a tais indicativos. Nesse terreno, parece lícito dizer que a impossibilidade do conhecimento da verdade torna estéril eventual discussão sobre a moralidade da conduta.²⁸

Dáí por que, nos domínios do processo, aquele cogitado dever só pode mesmo ser visto sob prisma subjetivo, dado que antes do julgamento (estatal) a percepção da verdade – que, como já visto, não vai além de um juízo de probabilidade – é em grande medida marcada pelo subjetivismo.²⁹ O que nisso pode haver de objetivo não vai além da existência de elementos de prova e que a parte, em dado momento, deva (não apenas tenha o ônus de) considerar. Admitir que referido dever pudesse ter uma conotação estritamente objetiva seria dizer que sua violação decorreria direta e simplesmente do insucesso da parte em juízo e que, portanto, sempre o derrotado é, só por isso, um litigante de má-fé; o que, decididamente, não parece correto.³⁰

Disso se extrai o seguinte: ao menos na perspectiva dos sistemas de *civil law*, não parece existir dever de veracidade, jurídico ou simplesmente ético, desvinculado de elementos produzidos no processo cujo

27. Expressão – curiosa, por certo – empregada por Elicio de Cresci Sobrinho (*Dever de veracidade das partes no processo civil*, p. 110), e que certamente guarda simetria com o problema da “verdade processual”, tantas vezes mencionado no texto. Na doutrina italiana recente, Franco Cipriani afirmou ser equivocada a idéia de que, no processo civil, partes e advogados teriam o direito de mentir (*il diritto di dire il falso*); o que não se confundiria com o poder do advogado de dizer e fazer todo o possível, nos limites da legalidade, para a defesa dos interesses de seu cliente, inclusive o de “evitar dizer a verdade”. Mas Cipriani advertiu para os “fáceis moralismos” (cf. “L’avvocato e la verità”, in Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (coords.), *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, pp. 822-823 e 825-826).

28. Para mais aprofundada análise do tema, sob essa ótica e fora dos limites do direito processual, v. Paulo de Tarso Dias Klautau Filho, *O princípio da veracidade e o direito à verdade do cidadão perante o Poder Público*, especialmente pp. 21 e ss.

29. Para exame da doutrina italiana contemporânea a Calamandrei, v. Guido Calogero, “Probità, lealtà, veridicità nel processo civile”, *Rivista di diritto processuale civile* XVI, Parte I, *passim*.

30. De acordo: João Batista Lopes, “O juiz e a litigância de má-fé”, *RT* 740/130.

objeto é a declaração do direito, sobre os quais a parte possa fazer algum juízo de probabilidade ou de veracidade.³¹ Nem mesmo se pode – não, ao menos, em um sistema que concebe a produção antecipada da prova apenas nas hipóteses de urgência e que, dessa forma, reserva a descoberta da verdade para uma fase de instrução posterior – reputar violado aquele dever ao argumento de que alguém veio a juízo desprovido de elementos de prova (exceto se o autor tiver o dever funcional de previamente buscá-los, ou se exigências contidas no direito material ou de limitação de cognição no processo impuserem, em dada situação, prova pré-constituída). É que, não havendo, como regra geral, a possibilidade de produção preliminar ou antecipada da prova, não se pode sancionar a parte que vem a juízo por fazê-lo à míngua de elementos aos quais, segundo o próprio sistema, só terá acesso mais adiante.

Isso não afasta o reconhecimento de que, para se aferir a eventual violação ao dever de veracidade, na ótica acima examinada, é preciso proceder de forma retrospectiva: parte-se da valoração que os elementos de prova, antes e em dado momento disponíveis para as partes, venham a merecer do órgão judicial, ao final. Só no julgamento é que se determina – aí, sim, “objetivamente” – o que é a verdade e, portanto, quem eventualmente a tenha desconsiderado, violando o correspondente dever de veracidade, por desprezar elementos de prova já acessíveis.³²

Assim, o que se constata é que um sistema que essencialmente reserva a produção da prova para uma fase posterior de instrução – e que, assim, não prestigia a formação da prova de maneira antecipada (que só permite diante da urgência) – carece de maior respaldo, jurídico ou mesmo ético, para exigir das partes um dever de veracidade, tal como exposto anteriormente. Inversamente, quanto mais o sistema se predis-

31. Confirma a assertiva acima exemplo encontrado na jurisprudência citado por Elicio de Cresci Sobrinho: “Não se configura lide temerária se somente pela perícia se verifica a impossibilidade de solução, pretendida pelo autor” (cf. *Dever de veracidade das partes no processo civil*, pp. 111-112). A ressalva para os sistemas de *civil law*, feita no texto, deve-se à circunstância de que nos sistemas de *common law* o dever ético em relação à prova vai além disso, na medida em que envolve o dever de apresentação de elementos na fase preliminar da *discovery*.

32. Bastante ilustrativo a respeito é acórdão proferido pelo TJSP nos autos da Ap. 7.717.921-2, de que foi relator o Des. Jurandir de Sousa Oliveira. Tratou-se de pedido de exibição de contrato bancário feito por cliente em face de instituição financeira. Em defesa alegou-se inexistência de recusa administrativa. Contudo, foi para os autos prova pré-constituída pelo próprio banco, consistente em gravação da conversa telefônica mantida entre as partes, na qual a atendente confirmara solicitação e envio dos documentos, que, contudo, não haviam sido entregues. Considerou-se ter havido alteração da verdade dos fatos e se impôs sanção por litigância de má-fé.

põe a produzir prova de forma antecipada, maior a importância dada à lealdade e à probidade em matéria de prova: permitir a antecipação da prova é, ao mesmo tempo, criar o dever – jurídico e ético – de que as partes a considerem e que, portanto, que norteiem sua conduta em juízo a partir de tais elementos preexistentes, ainda mesmo que a valoração – por assim dizer, definitiva – de tais elementos caiba, ao final, ao órgão julgador.³³

Nessa linha de raciocínio, parece correto, inclusive, afirmar que quando determinado ente tenha, paralelamente à titularidade do direito de ação, o poder de investigar previamente³⁴ – como, entre nós, é o caso do Ministério Público (nos limites das funções e competências que lhe foram atribuídas pelos arts. 127 e 129 da CF) –, referido poder, traduzindo-se certamente em um poder-dever, acaba gerando também um dever ético a pautar a respectiva conduta. Quem tem meios para produzir prova antecipadamente – e, portanto, empreender formas de descoberta da “verdade” – deve receber do ordenamento e do órgão judicial uma cobrança mais rigorosa em relação à opção de ingressar em juízo.

Curioso observar, a propósito dessas reflexões, que nos sistemas de *common law* o dever de veracidade se impõe de forma direta às partes, que, nesse particular, depõem como se fossem testemunhas.³⁵ O aspecto de certa forma surpreendente disso está em que, ali, trata-se de processo judicial sob uma ótica marcadamente liberal, no qual a prova é essencialmente um assunto a cargo das partes, e que, no entanto, dá grande importância a seu comportamento ético, reprimindo com energia as condutas que sejam contrárias à lealdade. Isso não deixa de ser relevante, porque uma das objeções feitas à positivação do dever de veracidade reside justamente em uma suposta incompatibilidade dele com o princípio dispositivo; o que, portanto, não parece ser exato.

33. Outra situação ilustrativa foi julgada pelo TJSP nos autos da Ap. 1.158.237-0/05, de que foi relator o Des. Artur Marques. Entendeu-se caracterizada a má-fé porque a parte credora deu início à execução para cumprimento de acordo, ao argumento de que os valores devidos não estariam sendo depositados pelo devedor, quando, na verdade, estavam na conta corrente de titularidade do próprio credor. Entendeu-se: “Espera-se do homem médio que verifique sua conta corrente para aferir ocorrência ou não de depósito bancário, tendo o dever de cautela na cobrança e não efetuar cobrança com base em presunção”.

34. Investigação que está contida no conceito de *direito à prova*. V., a propósito, infra, Capítulo V, n. 43.

35. V. Michele Taruffo, *Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana*, pp. 29 e ss.

Nota-se, portanto – e não sem alguma perplexidade –, que um sistema dito liberal acaba sendo mais rigoroso em matéria ética do que os sistemas que poderiam ser qualificados como intervencionistas de *civil law*;³⁶ que, embora preocupados em reforçar os poderes de instrução do juiz, acabam talvez se descuidando do controle da conduta das partes.³⁷ Em boa medida, o modelo lá adotado parece ser ao menos coerente com a idéia de respeito ao órgão judicial e as respectivas decisões judiciais, ali superlativamente valorizadas.

31. segue: dever de veracidade e “dever geral de informação”

Como visto, a perspectiva da produção da prova apenas no bojo do processo cujo objeto é a declaração do direito torna relativo o peso do chamado *dever de veracidade*. Naquela ótica, a violação ao referido dever só pode substancialmente ser vista de forma retrospectiva, isto é, após o encerramento da fase reservada à instrução – e, até mais que isso, após o próprio julgamento feito com base nos elementos de prova então coligidos.

Contudo, raciocínio diverso pode levar a outras conclusões e, em certo sentido, a reabilitar o dever de veracidade ou, quando menos, conferir-lhe um conteúdo relevante.

Assim, ao invés de, pura e simplesmente, aceitar a impossibilidade da produção da prova de forma antecipada desvinculadamente das situações de urgência – e, portanto, ao invés de se aceitar a ausência de conteúdo mais significativo do dever de veracidade (tal como acima exposto) –, parece possível enxergar o fenômeno de forma diversa: partir da vigência do referido dever para chegar à idéia de que existe

36. No Direito Português, Rui Manuel de Freitas Rangel queixa-se de que: “Não existe uma verdadeira cultura da verdade, nem uma preocupação de se agir subordinado à lógica do princípio da boa-fé processual” (cf. *O ónus da prova no processo civil*, p. 100 e também p. 109).

37. Constatou-o Humberto Theodoro Jr. ao elaborar relatório brasileiro para o Congresso da Associação Internacional de Direito Processual: “Infelizmente, a prática forense tem ensinado que nem as medidas preventivas nem as repressivas da má-fé processual são aplicadas com a frequência que seria de desejar-se. Há uma tolerância muito grande por parte dos juízes e tribunais, que, se não anula o propósito ético que inspirou as sérias medidas traçadas pelo legislador, pelo menos minimiza muito o seu desejado efeito moralizador sobre a conduta processual” (cf. “Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro”, in José Carlos Barbosa Moreira (coord.), *Abuso dos direitos processuais*, p. 117).

uma espécie de “dever geral de informação” (não derivado de regras de direito material), a justificar a produção preliminar da prova com maior largueza, isto é, desatrelada das hipóteses de urgência.

Dessa forma, então, o dever de veracidade poderia deixar de ser visto sob a ótica do julgamento estatal a ser proferido no processo declaratório – ótica sob a qual, repita-se, aquele dever tem peso relativo –, e passaria a ser visto sob o prisma do prévio esclarecimento das partes acerca de fatos relevantes relativos a dada situação substancial controvertida (atual ou, quando menos, potencialmente) e que, conforme reiteradamente aqui sustentado, pode auxiliar os interessados na avaliação de seus riscos e chances em processo futuro.

Assim, da vigência de uma regra legal que impõe às partes o dever de veracidade se poderia extrair estarem aquelas obrigadas a fornecer informações, documentos ou coisas sujeitas a exame, sendo possível exigir toda conduta que viabilizasse um preliminar esclarecimento e registro dos fatos relevantes relacionados a dada controvérsia.³⁸

A idéia é, quando menos, fecunda. Como se percebe, ela contrapõe em boa medida as visões substancialmente diversas que, a respeito do tema, se têm nos sistemas de *common law* e de *civil law*.³⁹ A bem da verdade, a preocupação com o estabelecimento do cogitado dever não pertence aos domínios daquele primeiro modelo, porque ali já se aceita se possa exigir do oponente o fornecimento de informações, de documentos ou de coisas relacionadas à prova e, enfim, ali vigora a idéia de que a fase de julgamento é precedida de uma fase de instrução preliminar (da *discovery* no Direito Norte-Americano e da *disclosure* no Direito

38. Conforme relata Hans Prütting, essa foi, em essência, a idéia sustentada em 1976 por Stürner em sua “tese de habilitação”. Nesse trabalho procurou-se demonstrar que no Direito Alemão haveria um “dever geral de esclarecimento processual” que obrigaria, inclusive, a parte que não ostenta o ônus da prova. Referido dever, dentre outros, resultaria da aplicação dos §§ 138, 423, 445, 448, 372a e 656 da ZPO. Segundo Prütting, a tese teria gerado intenso debate mas, finalmente, jurisprudência e doutrina majoritária teriam se inclinado à orientação contrária, isto é, da inexistência de tal dever geral de informação (cf. Hans Prütting, “Presentación de documentos y dirección del proceso”, in Álvaro J. Pérez Ragone e Juan Carlos Ortiz Pradillo (trads.), *Código Procesal Civil alemán (ZPO)*, p. 61).

39. Para exame de mecanismos tendentes à obtenção de informações, iguais ou análogos à *discovery*, em cada um dos sistemas, v. Neil Andrews, “The pre-action phase. General report – Common law”, in Ada Pellegrini Grinover e Petrólio Calmon (orgs.), *Direito processual comparado – XIII Congresso Mundial de Direito Processual*, pp. 224 e ss., e Bart Groen, “New trends in the pre-action. General report – Civil law”, idem, pp. 247 e ss.

Inglês). O tema, portanto, surge mesmo em ordenamentos de *civil law*, nos quais se cogita da introdução de mecanismos iguais ou análogos aos que vigoram naquele outro modelo.

Nos limites do presente trabalho e, mais do que isso, do presente capítulo, convém fazer algumas observações sobre o assunto.

Primeiro, o tema, conquanto possa até mesmo ser tratado sob a ótica de um verdadeiro *dever*, está também ligado à de *ônus*; cuja não-observância resolve-se na produção de consequências desfavoráveis para o titular do encargo – e não propriamente na imposição do que, com maior rigor, se poderia qualificar como autêntica sanção.⁴⁰ Fora da realidade do *common law*, de dever propriamente se poderia falar em relação a terceiros; ou, eventualmente, em relação à parte, mas aí não se pensando exatamente na prova, mas na qualificação (como ímproba) da conduta daquele que se recusa à apresentação das informações ou dos elementos de prova. Além disso, o tema liga-se diretamente ao do *direito* à prova, a propósito do qual se há de discutir até onde vigora, ou não, verdadeira prerrogativa de produção antecipada ou preliminar da prova.⁴¹

Segundo, embora sujeita a crítica e certamente a continuada reflexão, não soa despropositada a idéia de que o dever de veracidade que vigora dentro do processo cujo objeto é a declaração do direito pode e deve também vigorar antes dele, desde que a ele relacionado. Nesse particular, não parece justificar-se que a mesma lógica que se emprega para um momento não possa e não deva vigorar para o antecedente: se alguém tem o dever – ético e jurídico – de colaborar com o Poder Judiciário para a descoberta da verdade, não faz sentido limitar a imposição à prévia instauração do processo declaratório.

Ao que tudo indica, o temor e a ojeriza a um dever processual geral de prestar informações têm relevantes e fundadas – mas não insuperáveis – raízes na proteção a valores como a intimidade, a privacidade e o sigilo.⁴² Daí, inclusive, a idéia de que a tese da existência do aqui

40. Tanto é assim que, segundo noticiou Prütting, a tese exposta por Stürner, da existência de um dever geral de informação (de natureza processual), extraído, dentre outros, do dever de veracidade, estaria fundada na idéia de que a violação correspondente se resolveria em uma “ficção das questões de fato controvertidas, ficção suscetível de ser refutada” (cf. Hans Prütting, “Presentación de documentos y dirección del proceso”, in Álvaro J. Pérez Ragone e Juan Carlos Ortiz Pradillo (trads.), *Código Procesal Civil alemán (ZPO)*, p. 61, especialmente nota 133).

41. V., infra, Capítulo V.

42. Nesse particular, convém lembrar a oportuna constatação de Leonardo Greco de que “de um lado, o sistema da *common law* se apresenta mais apto à apuração

cogitado dever teria nascido sob a égide de uma perspectiva totalitária do Estado e marcada por notas antiliberais.⁴³⁻⁴⁴ A consciência disso é muito relevante quando se considera que o cogitado “dever geral de informação” está ligado à prerrogativa de *investigação* que está contida no direito à prova e, mais que isso, quando se trata de delimitar o alcance desse poder de investigação – por exemplo, do poder que é atribuído ao Ministério Público.⁴⁵

Mas, ainda que com essas ressalvas, não parece haver, conforme já sugerido, razão que justifique a diversidade de tratamento entre o momento em que já instaurado o processo declaratório e o que lhe é antecedente. É que a privacidade, a intimidade e o sigilo – que, como quaisquer outros, não são absolutos – merecem proteção numa e noutra oportunidade. A simples propositura da demanda declaratória, eventualmente desacompanhada de elementos de prova pré-constituídos, não significa, por si só, maior grau de plausibilidade ou de seriedade da demanda proposta. Por outras palavras, não é porque o autor deduz um pedido de cunho declaratório (em sentido amplo) que, a partir de então, passam as partes a ter o dever de contribuir para o descobrimento

da verdade, enquanto o sistema da *civil law* é mais respeitoso da dignidade humana e dos direitos da personalidade” (“A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil”, *RF* 374/185). Para o autor, “o ideal de um processo justo” exigiria a “fusão dos dois sistemas”, equilíbrio esse que, no contexto deste trabalho, pode ser alcançado através da previsão de meios aptos a coibir o abuso na pré-constituição da prova, tal como a *protective order* (sobre o tema, vide infra, n. 39).

43. Ao que noticiou, mais uma vez, Prütting, a tese teria sido pela primeira vez (e “sem muita ressonância”) sustentada por Fritz von Hippel, no ano de 1939. É prudente – mas não absoluta – a advertência feita por Prütting segundo a qual quem se anima a defender a existência do referido dever precisa atentar para a circunstância de que a tese está impregnada com notas antiliberais, conforme assinalado no texto (cf. Hans Prütting, “Presentación de documentos y dirección del proceso”, in Álvaro J. Pérez Ragone e Juan Carlos Ortiz Pradillo (trads.), *Código Procesal Civil alemán* (ZPO), p. 61, nota 131).

44. Tratando, embora, de tema completamente diverso (reexame necessário), José Carlos Barbosa Moreira observou que: “Não tiveram necessariamente tal caráter [autoritário] as reformas da ZPO alemã posteriores à ascensão dos nazistas ao poder. Acerca de uma delas, a de 1933, que entre outras coisas introduziu o dever de veracidade para as partes e reforçou no juiz os poderes de esclarecimento e direção do processo, assinala estudo recente que suas raízes mergulhavam em trabalhos preparatórios da época da Constituição de Weimar e que a orientação nela adotada permaneceu inalterada mesmo depois de 1945” (cf. *Temas de direito processual*, Nona série, p. 207, texto e notas 23-24).

45. V., infra, Capítulo V, n. 44.

da verdade e que valores como privacidade, intimidade e sigilo deixam de prevalecer.⁴⁶

O assunto, de qualquer forma, há que ser retomado a propósito do estudo do direito à prova, quando será possível estabelecer em que condições a produção antecipada ou preliminar da prova, fora das hipóteses de urgência, pode ter lugar.

Em suma, um sistema que quer verdadeiramente prestigiar o dever de veracidade pode e deve admitir que ele vigore desde sempre e mesmo antes da instauração do processo cujo objeto é a declaração do direito. Isso certamente não significa dizer que a invocação desse dever, no contexto de providências de instrução preliminares ou antecipadas, possa se dar de forma aleatória, injustificada ou desproporcional.

32. *dever de colaboração (na prova) e princípio do contraditório*

Outro aspecto relevante na relação entre dever e prova está situado naquilo que se convencionou denominar de *dever de colaboração* ou *de cooperação*: em matéria de prova isso significa dizer que a atividade das partes, ainda que empenhadas cada qual em obter a vitória, contribui para que a decisão judicial seja o mais aderente possível à realidade dos fatos; ou, como já indicado, que seja fundada em elevado grau de probabilidade.⁴⁷

Parece indubitável que a idéia de colaboração ou de cooperação surgiu no contexto da garantia do contraditório e, em boa medida, se explica a partir dos caminhos que referido princípio trilhou ao longo do tempo. Com efeito, concebido inicialmente no processo comum europeu como verdadeiro método de investigação dialética da verdade, o contraditório viu-se, no contexto do Estado Liberal, de alguma forma “rebaixado” a princípio “externo e puramente lógico formal”, cuja ob-

46. Embora o direito à prova não corresponda ao direito à informação e nem mesmo encontre nele fundamento direto, convém lembrar que esse segundo – situado no plano do direito material – também merece proteção “relativa”, de tal modo que, conforme observado por Alexandre de Moraes, há a necessidade de “distinguir as informações de fatos de interesse público, da vulneração de condutas íntimas e pessoais, protegidas pela inviolabilidade à vida privada, e que não podem ser devassadas de forma vexatória ou humilhante” (cf. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, p. 197).

47. Cf. Ada Pellegrini Grinover, “Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o *contempt of court*”, in *A marcha do processo*, p. 62.

servância se contentava com a garantia da audiência bilateral.⁴⁸ Nessa segunda perspectiva, ao menos em alguma medida, divorciou-se a citada garantia do resultado do processo, o que bem se expressou na idéia de que a não-observância do princípio não estaria em contraste lógico com a finalidade do processo, admitindo-se até a possibilidade de uma decisão “justa” mesmo sem a cooperação das partes.⁴⁹

Com a superação da perspectiva liberal e a mudança de postura do Estado perante o indivíduo, no século XX, criaram-se as condições para a renovação do princípio: com o progresso do ativismo judicial (essencialmente nos sistemas de *civil law*) e a maior ênfase ao caráter público do processo, o contraditório ganhou novo relevo como “diálogo” na formação do juízo, fruto, então, da colaboração e da cooperação das partes com o órgão judicial e deste para com aquelas.⁵⁰

Mais uma vez, não se pode negar que a busca de um autêntico dever de colaboração ou de cooperação das partes – tanto mais de forma específica em matéria de prova – está intimamente relacionado à ênfase para o aspecto ético do processo, como instrumento a serviço dos escopos de atuação da vontade concreta do direito objetivo e de pacificação social pela eliminação das controvérsias. Contudo, analogamente ao que já foi dito a propósito do dever de veracidade, a mais precisa delimitação dos deveres de cooperação ou de colaboração apresenta algumas dificuldades, que convém enfrentar.

Conforme já acenado, não se pode deixar de identificar uma relação direta entre aumento dos poderes de instrução do juiz, de um lado, e maior ênfase para a garantia do contraditório, de outro. Esse, como visto, é indicado como o maior e melhor antídoto para o eventual cometimento de ilegalidades ou de abusos que possam decorrer da iniciativa do juiz em tema de prova.⁵¹ Portanto, quando menos, parece lícito dizer que a colaboração das partes surgiu, naquele contexto, como uma conseqüência natural da nova dimensão do papel reservado ao órgão judicial. Por outras palavras, o aumento dos poderes de instrução naturalmente levou a uma renovada e mais ampla visão da garantia do

48. Assim, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “A garantia do contraditório”, *Revista da Ajuris* 74/134-135.

49. Assim, Emilio Betti, *Diritto processuale civile italiano*, p. 89.

50. Cf. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “A garantia do contraditório”, *Revista da Ajuris* 74/136-137.

51. V., supra, Capítulo III, n. 20.

contraditório, e o diálogo mais amplo surgiu precisamente da maior intervenção estatal.

Tal constatação, aliás, não precisa nem pode ficar restrita aos sistemas de *civil law*, podendo ser detectada de alguma forma também no âmbito do *common law*, sem embargo das características de um sistema dito “adversarial”. Neste, pensando-se mais exatamente no momento do *trial*, as partes, antes de exatamente colaborar com o órgão judicial, parecem estar mais empenhadas em se digladiar num exercício de combatividade que beira a interação física, para qual a sugestiva denominação *Rambo litigation* é bastante ilustrativa.⁵²

Contudo, feitas essas ressalvas, fato é que, com a ampliação – tanto na Inglaterra, a partir das reformas de 1998, quanto progressivamente nos Estados Unidos – do *caseflow management* para a fase de produção preliminar de prova (*disclosure e discovery*, respectivamente), o diálogo entre partes e órgão judicial também aumentou, na medida em que um dos interlocutores passou, por assim dizer, a falar mais e a interagir mais intensamente com os demais.

Certo que, mesmo se considerada a evolução do sistema inglês – e mesmo do modelo americano – rumo a uma maior intervenção do juiz em matéria de prova (no momento de sua produção ainda preliminar), essa não pode ser colocada no mesmo nível daquela preconizada em países de *civil law*, como o Brasil, por exemplo. Lá, a intervenção do juiz surgiu como forma de racionalizar, de tornar mais eficaz e menos custosa a atividade de instrução preliminar, inclusive mediante a busca de soluções de autocomposição; mas não significou interferência do juiz com a iniciativa da prova, essa ainda essencialmente a cargo do interessado.⁵³ Portanto, para os poderes de instrução ligados ao *case management* a maior ênfase para o diálogo – resultante do mais largo exercício do contraditório – surgiu menos como garantia diante do exercício do poder, dimensão sem dúvida mais pronunciada nos sistemas em que tal poder interfere diretamente com a iniciativa e com a produção da prova.

52. A expressão encontra-se em Richard L. Marcus, “*Déjà vu all over again? An american reaction to the Woolf Report*”, in A. A. S. Zuckerman e Ross Crans-ton (coords.), *The reform of civil procedure – Essays on “access to justice”*, pp. 239-240.

53. Sobre as reformas relativas ao *caseflow management*, v., supra, Capítulo II, n. 12.

Por outro lado, embora esteja fora de dúvida a ligação entre contraditório e processo justo é équo, e não obstante cause, mesmo, repugnância a idéia de que aquele princípio seja visto como um postulado meramente formal, desvinculado do resultado do processo e até mesmo de uma decisão justa, a ligação entre tais elementos precisa ser vista com alguma ressalva que convém fazer, ainda que muito brevemente.

Com efeito, não há dúvida de que o diálogo travado entre as partes e o juiz contribui para uma decisão mais aperfeiçoada, na medida em que favorece um juízo mais aberto e ponderado.⁵⁴ Em matéria de prova, a relevância da contribuição a ser trazidas pelas partes é dado irrefutável, sendo, mesmo, inadequada a investigação solitária do órgão judicial, por mais que ao mesmo se reconheça papel relevante nessa seara.⁵⁵ Mas esse resultado – inegavelmente desejável – aparece mais como uma espécie de efeito colateral (positivo) da garantia do contraditório que propriamente como sua razão de ser.

Sob a ótica da solução de conflitos mediante a intervenção estatal, o que justifica a garantia do contraditório é a exigência de legitimação das decisões que, de alguma forma, representam o resultado do exercício de poder e que, nessa medida, impõem-se a determinadas pessoas. No contexto do Estado de Direito, é a oportunidade de participação dos interessados que legitima os atos resultantes daquele exercício. Daí o acerto de se dizer que o contraditório é a expressão jurídica de uma exigência política, que é a de participação.⁵⁶ Em senso contrário, não se cogitando da imposição de alguma forma de restrição à esfera jurídica de quem quer que seja – isto é, não havendo vinculação por atos de poder –, deixa de ser necessária ou útil a observância da garantia; ainda que, em tese, se pudesse entender que a mesma poderia, como dito acima, conduzir a decisões mais aperfeiçoadas.

A propósito, lembre-se a hipótese, colhida no direito positivo brasileiro, do indeferimento da petição inicial – portanto, sem a citação do demandado – mediante decreto de improcedência da demanda e, dessa forma, com exame do mérito em desfavor do autor. Tal expediente, para invocar o direito positivo brasileiro, é expressamente autorizado pelo

54. Daí a imperfeição da idéia de ônus da prova como um imperativo do interesse exclusivo da parte. V., supra, Capítulo II, n. 7.

55. Cf. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “A garantia do contraditório”, *Revista da Ajuris* 74/139, e *Do formalismo no processo civil*, pp. 146 e 152.

56. Assim, Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 13ª ed., pp. 155-156.

art. 285-A do CPC: “Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, (...)”.⁵⁷

Conquanto a constitucionalidade do dispositivo tenha sido posta em dúvida,⁵⁸ não parece lícito afirmar que decisão dessa ordem seja, só por dispensar o contraditório, ilegítima ou injusta. Assim ocorre na medida em que, decretada a total improcedência da demanda, nenhum resultado juridicamente superior poderia o réu (na demanda) obter, por mais e melhores argumentos que pudesse trazer ao órgão judicial. Portanto, sua participação se torna desnecessária, porque, embora o contraditório até funcione como fator de aprimoramento dos atos de poder, o que verdadeiramente determina a observância da garantia é a aptidão do ato de vincular desfavoravelmente alguém. Pensar diferentemente – isto é, levar às últimas conseqüências a idéia de contraditório como forma de aperfeiçoamento de decisões judiciais – seria supor que realmente o dispositivo seria inconstitucional.

Certo que o dispositivo em tela fica restrito a questões exclusivamente de direito e que não há uma “verdade” (de fato) a ser descoberta. A rigor – e ao contrário do que está escrito no citado dispositivo legal –, não é que não exista controvérsia fática porque, tecnicamente, essa só poderia ser constatada após a citação e a depender da conduta do réu. O que se passa é que, mesmo sendo admitidos como verdadeiros os fatos afirmados pelo autor, não é possível deles extrair o efeito jurídico pretendido. Daí a desnecessidade de se ouvir o demandado, sem outras indagações, porque a decisão lhe será favorável.⁵⁹

Por outro lado, mesmo sob o ângulo do autor, não se pode dizer que haja violação ao contraditório: primeiro, porque é necessário que a decisão de indeferimento da inicial seja adequadamente motivada; segundo,

57. A bem da verdade, isso sempre nos pareceu possível antes mesmo da alteração trazida pela Lei 11.277/2006 (cf. nosso “Indeferimento da inicial com a improcedência da demanda?”, *Carta forense* 24). Lembre-se que a lei já permitia o indeferimento da inicial com fundamento na decadência legal ou na prescrição em favor de incapazes (o que hoje também é possível em matéria de prescrição sem essa limitação).

58. Tal é o objeto da ADI 3.695-DF, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB.

59. Mas não parece impossível que isso ocorra mesmo quando se trate de alegações fundadas em fatos passíveis de controvérsia e, portanto, aptos a ensejar investigação da “verdade”. É pensar no indeferimento da inicial pelo reconhecimento da decadência legal ou mesmo da prescrição patrimonial, a partir de elementos trazidos pelo próprio demandante.

porque para o demandante, quando muito, trata-se de diferir o contraditório para a fase recursal.

33. segue: *contraditório visto como participação voltada à formação do convencimento das partes*

Ao ensejo das considerações precedentes, não se pode deixar de observar que a visão do contraditório como fator de legitimação do provimento estatal está, por seus próprios termos, centrada na decisão estatal e, dessa forma, não considera – não, ao menos, de forma direta – a decisão que, a respeito de uma dada controvérsia, possa advir das próprias partes.

Com efeito, na perspectiva tradicional o contraditório é entendido como ciência bilateral dos atos e termos do processo – que, no âmbito jurisdicional, só se pode entender o processo cujo objeto é a declaração do direito⁶⁰ – com a possibilidade de impugnação, isto é, de intervenção útil voltada à formação do convencimento *do juiz*. Nessa perspectiva, o contraditório envolve informação necessária e reação possível para que aos interessados seja dada oportunidade concreta de interferir na convicção do órgão judicial. É o exercício do poder⁶¹ que, na visão tradicional, justifica a participação dos interessados, expressa em termos jurídicos na garantia do contraditório.

Certo que, ainda sob a ótica mencionada, aceita-se a extensão do princípio do contraditório para além dos limites da atividade puramente estatal. Mas, ainda assim, isso é usualmente feito na perspectiva de alguma forma de poder – exercido por “entidades intermediárias” –, e, portanto, na premissa de que determinados sujeitos acabem de alguma forma sofrendo os efeitos de decisões impostas por terceiros, dotadas ou não de estabilidade ou de coerção, passíveis ou não de revisão pelo Poder Judiciário.⁶² Portanto, o raciocínio, ali, é, ainda, substancialmente

60. Conquanto não se duvide, modernamente, da presença do contraditório no processo de execução (ou na fase de cumprimento), ainda que ajustado à natureza da atividade aí desenvolvida e a seus escopos.

61. Não apenas em âmbito jurisdicional.

62. Assim, Cândido Rangel Dinamarco, ao tratar do conceito de processo como procedimento submetido ao contraditório. Dinamarco fala, então, dos partidos políticos, dos sindicatos, das associações e das sociedades como tais corpos intermediários, acentuando que, nesses casos, falham as notas de inevitabilidade e de soberania, predados exclusivos do poder estatal (cf. *A instrumentalidade do processo*, 13ª ed., pp. 76-77; e, mais amplamente, pp. 83-85).

o mesmo: o contraditório é facultado para que se legitime um resultado imposto por terceiro estranho às partes; resultado, esse, que pode até ser desatendido, mas que não se pode simplesmente ignorar.⁶³

No campo da prova essa visão do contraditório se confirma quando se parte da premissa tradicional de que aquela é dirigida à formação do convencimento *do juiz*. Nessa ótica, a prova é expressão fundamental do contraditório e se justifica exclusivamente na medida em que possa interferir com a formação do convencimento do órgão julgador.

Daí a idéia – questionável mesmo sob a ótica das premissas que a inspiram – de que não há ofensa ao contraditório se, embora obstada a produção de certa prova, se entender ser ela desnecessária à formação do convencimento do órgão judicial.⁶⁴

Abra-se, aqui, um parêntese: diz-se ser questionável a recusa à produção da prova, ao argumento de que o convencimento já está formado, porque ela pode eventual e justamente desconsiderar a interferência que o elemento de instrução possa ter sobre a convicção do juiz para, ainda em tempo, alterá-lo. Para empregar uma imagem – deficiente, como todo recurso dessa ordem –, seria como permitir o encerramento do jogo antes do término do tempo regulamentar ao argumento de que, pelo placar e pelo desempenho das equipes, o resultado já estaria determinado. Certo que, no processo, a produção da prova não se dá em função da medida cronológica. Contudo, forçoso é reconhecer que a recusa à produção da prova não pode se dar apenas ao argumento de que a convicção do juiz já está formada, devendo, ao invés, pautar-se pela relação de pertinência e de adequação que a prova que se deseja produzir possa ter em relação aos fatos controvertidos. Esse, sim, é o critério objetivo para a recusa de dado meio de prova.

63. Cf. Elio Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, p. 81.

64. A assertiva é freqüentemente invocada na jurisprudência. Fala-se que: “Em matéria de julgamento antecipado da lide predomina a prudente discricção do magistrado, no exame da necessidade ou não da realização da prova em audiência, ante as circunstâncias de cada caso concreto e a necessidade de não ofender o princípio basilar do pleno contraditório” (cf. STJ, REsp 3.047-ES, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro); ou se fala que: “Constantes dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, incorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia” (cf. STJ, Ag. 14.952-DF, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira) – ambos citados por Theotônio Negrão-José Roberto F. Gouvêa, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, pp. 475 e 466-467, nota 2b ao art. 330 do CPC.

Além disso, a recusa à produção da prova precisa considerar, em sistemas como o brasileiro, que, no contexto do duplo grau de jurisdição e da devolução ao tribunal de questões de fato, a prova será apreciada por órgão diverso daquele perante a qual foi ordinária e originalmente produzida. Portanto, o convencimento do órgão que colhe a prova não é elemento que possa ser considerado com exclusividade, porque, ainda que potencialmente, resta considerar o convencimento que o órgão revisor poderá ter sobre os fatos e sobre a prova.

Mas, retomando-se o raciocínio, quando se pensa na prova como elemento apto à formação do convencimento das próprias partes, e não apenas do órgão julgador, a visão que se tenha do contraditório ganha novos contornos.

Não se trata mais e apenas de facultar a participação de determinados sujeitos para lhes garantir a possibilidade de contribuir para a formação da convicção de terceiro. Trata-se de possibilitar aos interessados conhecimento para permitir a formação de sua própria convicção e a adoção de comportamentos, que podem consistir no ingresso em juízo, na resistência a dada pretensão ou na prática de atos de autocomposição. O contraditório, sob essa ótica, deixa de atuar como fator de legitimação de atos de poder (estatal ou não), e passa a funcionar como elemento determinante da conduta responsável das partes.

Não se trata simplesmente de estender o contraditório para a prática dos negócios jurídicos em geral, para neles tentar identificar a existência de autêntico processo.⁶⁵ Trata-se, sim, de reconhecer que o contraditório – como expressão jurídica de um elemento de natureza política que é a exigência de participação – não deve ficar limitado às situações nas quais se quer interferir na formação do convencimento de terceiro.

Em matéria de prova isso significa dizer que a correspondente produção não deve se dar exclusivamente na perspectiva do convencimento do juiz, mas que pode e deve também ser vista sob a ótica do convencimento das partes; significa dizer que, com essa amplitude, o contraditório não deve apenas assegurar a produção da prova dentro do processo declaratório (quando ela é vista substancialmente como elemento que

65. V., a propósito, a fundada crítica de Cândido Dinamarco à extensão preconizada por Fazzallari ao conceito de processo. No âmbito dos negócios jurídicos, o que se tem, disse Dinamarco, é a “auto-regulação de interesses, a cargo dos próprios sujeitos que serão atingidos diretamente pela eficácia programada do ato e justificada pela *autonomia da vontade*” (cf. *A instrumentalidade do processo*, 13ª ed., p. 77).

prepara o julgamento estatal), mas deve assegurar a produção da prova antes daquele momento. O contraditório deixa de ser apenas a ciência bilateral dos atos e termos do processo, com a possibilidade de impugnação, e passa a ser também a possibilidade de ciência, pelos interessados, dos fatos relevantes no âmbito de dada controvérsia, para formação de seu próprio convencimento.

Em reforço dessa argumentação, parece lícito entrever na produção da prova de forma antecipada, com a largueza aqui preconizada e pela atividade de registro e de formalização que nela se contém, uma forma de dar publicidade a determinados fatos; publicidade que pode ser considerada projeção do direito à informação e que, pela transparência que é apta a gerar, permite a “justa reação dos destinatários de seus atos”.⁶⁶

Isso, naturalmente, não significa dizer que o exercício do contraditório, visto sob essa perspectiva, possa se dar de forma ilimitada. Os critérios de racionalidade e os limites que vigoram para o exercício dessa garantia no tocante à produção da prova no bojo do processo declaratório hão de nortear as providências de instrução tomadas antes desse momento.⁶⁷

De qualquer forma, no contexto da prova produzida de forma antecipada, o papel legitimador do contraditório subsiste. De forma mais

66. A expressão foi empregada por Cândido Rangel Dinamarco ao tratar, em contexto reconhecidamente diverso, da publicidade dos atos processuais (cf. *Instituições de direito processual civil*, 6ª ed., vol. I, p. 240). Mas, se a linha de raciocínio exposta no texto for correta, então, a idéia é aproveitável, porque, de fato, a informação orienta a reação. Lembre-se, ademais, que a doutrina alemã, ao tratar da colheita da prova de forma antecipada, cogita da existência de um dever geral “de informação”, embora não se pretenda – e isso precisa ser sublinhado – sustentar que o direito à prova, com o delineamento que aqui se quer dar, tenha raízes diretas no direito à informação. A publicidade como projeção do direito à informação somente reforça que esse último tem preponderantemente uma dimensão coletiva e que, portanto, não se ajusta à concepção de direito à prova que aqui se pretende sustentar. Sobre o tema, v., infra, Capítulo V, n. 46, a propósito do direito à obtenção de coisa por força de regra de direito material, e, ainda, Capítulo VI, n. 82, ao ensejo do exame dos óbices sócio-econômicos e culturais à universalização do direito à prova.

67. Bom exemplo disso é o número de testemunhas a ouvir – problema detectado no âmbito da *discovery* americana como elemento a desprestigiar-la, pela demora e encarecimento decorrente da oitiva de um número desproporcional de pessoas. Se ao sistema parece razoável entender que bastam três por fato, como ocorre entre nós (CPC, art. 407, parágrafo único), então, esse parâmetro, que funciona como um limite concreto para o exercício da garantia do contraditório dentro do processo declaratório, há também de funcionar como limite para o contraditório exercido fora e antes do referido contexto.

evidente, é certo que os elementos de instrução, se não tiverem conduzido à prática de atos de autocomposição, poderão certamente ser considerados quando do julgamento estatal; e, nessa medida, as partes ficam vinculadas à prova produzida. Daí a necessidade de que lhes seja facultada a participação.

Mas, de forma quicá mais sutil, é possível também justificar a participação dos interessados *por meio* da produção de prova antecipada – e não apenas *na* colheita da prova preliminar – a partir da vinculação e dos efeitos que a instauração do processo declaratório subsequente lhes impõe ou lhes pode vir a impor. A possibilidade de participação no prévio conhecimento e registro de fatos relevantes justifica-se na medida em que a existência do processo declaratório subsequente afeta a esfera jurídica dos interessados, e isso parece reforçar a amplitude que aqui se sugere seja dada à garantia do contraditório.⁶⁸

Com base nessa perspectiva de contraditório faz sentido, por exemplo, observar a garantia em todo e qualquer procedimento tendente à pré-constituição de prova, ainda que não diretamente dirigida ao juiz encarregado da declaração do direito. Isso vale também, ainda que com alguma ressalva, para o inquérito civil público, em cujo contexto parece lícito afirmar que a garantia de ciência e de participação do investigado legitima a atividade de instrução, dá ao Ministério Público melhores elementos para avaliar a viabilidade de uma dada demanda e, mesmo, para, eventualmente, postular um provimento jurisdicional de urgência – cautelar ou antecipatório – com maior probabilidade de êxito.⁶⁹ Além disso, a observância do contraditório no aludido contexto propicia elementos

68. Embora não haja perfeita identidade, essa é a idéia que, conforme salientado na seqüência do texto, parece inspirar a tese segundo a qual o contraditório deve ser observado na fase de inquérito. Dizer-se que a prova produzida na investigação, na medida em que destinada apenas à formação da convicção do órgão acusador, não vincula o investigado é desconsiderar a vinculação e os ônus que a instauração do processo declaratório subsequente traz. V. texto e nota seguinte.

69. Ao tratar do “valor da prova indiciária” resultante do inquérito civil, a doutrina costuma destacar que aquele primeiro decorre da circunstância de “ser uma investigação pública e de caráter oficial” (cf. Hugo Nigro Mazzilli, *O inquérito civil*, pp. 61-62). Embora isso seja correto, o risco de parcialidade inerente à atividade ali desempenhada pelo Ministério Público (sem que isso afete necessariamente o princípio da impessoalidade), prejudica em alguma medida a atendibilidade da prova produzida. Portanto, a observância do contraditório legitima, de forma superior, o resultado da investigação. Também defendendo o contraditório no inquérito civil, v. Rogério Lauria Tucci, “Ação civil pública: falta de legitimidade e de interesse do Ministério Público”, pp. 83-84.

para que o investigado possa precaver-se e, até mesmo, se dispor a aceitar solução de auto-composição⁷⁰ – todas circunstâncias diretamente ligadas ao interesse público.

A ressalva acima mencionada consiste em que a observância do contraditório no bojo do inquérito não pode, naturalmente, ser vista em termos absolutos. Mas nisso não há qualquer novidade ou estranheza porque, afinal de contas, nenhum valor consagrado no plano constitucional se afigura absoluto. De forma semelhante ao que conceitualmente se passa na atividade tipicamente jurisdicional, o contraditório, em caráter excepcional, pode ser postergado ou diferido para que determinada providência – no caso, de investigação – seja preservada.

Conforme já mencionado, a surpresa pode ser elemento associado ao emprego dos chamados meios de investigação e, por outro lado, pode mesmo ser imprescindível – se não exatamente para *produção* de certa prova – para *conservação* da respectiva fonte.⁷¹ Mas, o reconhecimento de que isso deve ocorrer de forma excepcional já é, por si só, a confirmação de que a regra deve ser, tanto quanto possível, a possibilidade de ciência e de intervenção útil do investigado.

34. *deveres de colaboração e cooperação: exame na perspectiva da prova produzida no processo declaratório*

Em um sistema que tende a limitar seus mecanismos de produção preliminar ou antecipada da prova às hipóteses de urgência, a cooperação das partes – da qual se está tratando – dificilmente pode ser tida, ao menos de forma mais rigorosa, como autêntico dever jurídico ou ético; ainda que vista a colaboração dos interessados no contexto do aumento da participação do juiz em matéria de instrução.

Examinada a questão sob a ótica conceitual, a ausência de resposta dos interlocutores às iniciativas oficiais, ainda que indiretamente lhes

70. Como bem observou Hugo Nigro Mazzilli ao tratar da possibilidade do contraditório no inquérito civil, “Em alguns casos, o próprio investigado pode ter todo o interesse em precaver-se contra o possível ajuizamento de ações que considere injustas” ou mesmo “peticionar ou sugerir a produção de provas”; produção essa que, prossegue, “poupará muitos custos para o Ministério Público e para a administração da Justiça, pois poderá evitar o ajuizamento de ações desnecessárias ou infundadas” (cf. *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas*, 2ª ed., pp. 244-245).

71. V., supra, Capítulo I, n. 3.

possa, ao final, ser prejudicial na formação do convencimento do juiz, não pode ser exatamente sancionada. Particularmente em tema de prova, a imposição de um ônus torna relativa a importância da falta de colaboração, porque a inércia da parte tende antes a prejudicar o interesse dela própria.

Aqui, para além das regras de distribuição do ônus da prova, a confissão ficta é importante mecanismo a estimular as partes à colaboração, que, se não vier, não impede, de qualquer modo, a solução da controvérsia. Nesse particular, dificuldades para as quais já se acenou voltam à tona: na medida em que a lei estabeleça um ônus, cuja inobservância autorize diretamente uma presunção de verdade de determinado fato, é de se duvidar se possa cumular a essa “sanção” outra – agora, em sentido técnico e rigoroso –, pela falta de cooperação, consistente, por exemplo, na imposição de uma multa (ou, mesmo, de obrigação de indenizar).⁷² Ainda que se diga que o dever de colaboração da parte na busca da verdade está ligado à obtenção de uma decisão justa (porque aderente à realidade), impor uma sanção pecuniária a quem não colaborou seria penalizar aquele que presumivelmente já foi penalizado pela própria injustiça da decisão. Para fazer uma imagem, seria punir alguém por lesar sua própria integridade.

Nesse particular, não há como sobrepor o interesse estatal ao da parte interessada. Para o Estado, a perda decorrente da eventual injustiça da decisão certamente é compensada pelo ganho resultante da superação da controvérsia; e, mais uma vez, é razoável supor que o resultado do processo seja, em boa medida, fruto do engajamento da parte. Colaboração e cooperação, nessa perspectiva, podem e devem ser vistas como fatores de aprimoramento da decisão e, sob essa ótica, altamente desejáveis para o sistema. Contudo, não podem elas ser tecnicamente qualificadas como deveres, cuja não-observância autorizaria a imposição de sanções.

Talvez seja possível cogitar, sempre no terreno da prova, de autênticos deveres (a ensejar a aplicação de correspondentes sanções) mesmo diante da imposição de ônus, em algumas hipóteses, cujo exame pode gerar reflexão útil sobre o tema.

72. Na doutrina, combatendo o emprego de medidas repressivas ao abuso do processo, ao argumento de que a não-observância de uma norma processual deve se resolver ordinariamente pelo fenômeno da preclusão, v. Francisco Ramón Méndez, “¿Abuso de derecho en el proceso?”, in José Carlos Barbosa Moreira (coord.), *Abuso de direitos processuais*, p. 5.

Primeiro, ainda que de forma mais genérica, é possível tentar identificar um dever de colaboração já no momento em que a prova vem a juízo, isto é, no correspondente ato postulatório. Sobre isso, para além do ônus de alegação que se traduz no requerimento tempestivo da prova a ser produzida (e cujo descumprimento se resolve em preclusão), forçoso reconhecer que pleitos extemporâneos podem pretender atingir finalidade ilícita, caracterizando forma de retardamento do processo. Certo que o simples indeferimento (ao argumento da preclusão) é antídoto eficaz para a generalidade das situações. Contudo, pode ocorrer que o elemento subjetivo venha a ser detectado apenas após o deferimento da providência, que, de outra parte, pode ter sido admitida justamente para não cercear indevidamente a atividade de instrução.⁷³

De outra parte, figurem-se os casos em que, apesar de autorizado o reconhecimento do fato por meio da confissão ficta diante da inércia da parte (falta de colaboração), essa última possa ensejar alguma forma de retardamento ou de encarecimento do processo.

A propósito, situação análoga – e lembrada apenas para ilustrar a idéia, porque fora dos domínios da prova – pode ser encontrada na sentença substitutiva de declaração de vontade: ainda que seja possível a edição de provimento que produza os efeitos decorrentes de ato a ser prestado pelo devedor (portanto, tornando inoperante a resistência oposta), o reconhecimento de que a emissão da declaração de vontade por ele próprio seria mais fácil e menos onerosa (para o credor e para o Estado) pode autorizar a cumulação do efeito substitutivo e de uma multa diária, como forma de compelir o devedor, em um certo prazo, a realizar voluntariamente a prestação. Mas mesmo nesse caso, uma vez produzido o efeito substitutivo, não haveria sentido em se prosseguir na incidência da multa diária.⁷⁴

73. Digno de nota é o registro feito, no Direito Português, por Rui Manuel de Freitas Rangel, ao se queixar de que “infelizmente”, e “com alguma frequência”, as partes fazem “tábua rasa do princípio da cooperação”, recorrendo “habilitosamente ao instituto da má-fé, apresentando articulados complexos, quer na dedução dos factos, quer na sustentação da matéria de direito, confundindo e misturando a matéria de facto e de direito”. Assim, “não apresentam factos suficientes que permitam conhecer, a fundo, das suas pretensões, e estão sempre à espera de ‘apanhar’ a outra parte em falso, não abrindo o jogo, recorrendo, por vezes, à apresentação de provas em última instância, para tirarem benefício do ‘efeito surpresa’” (cf. *O ônus da prova no processo civil*, p. 99).

74. A propósito, Eduardo Talamini, *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*, p. 155.

Mas, em matéria de prova, trata-se de situação que, se não é impossível, parece de difícil caracterização. Talvez se possa pensar no caso do depoimento pessoal, no qual a recusa da parte, como sabido, autoriza a imposição da “pena” de confissão. Mas pode ser que a parte se recuse a comparecer ao foro perante o qual tramita o processo, diverso daquele no qual reside, obrigando à expedição e cumprimento de carta precatória, a retardar o processo.⁷⁵ Então, nesse caso, uma coisa seria o ônus de prestar o depoimento, e outra o dever de colaborar, comparecendo à sede do juízo para fazê-lo. Ou, ainda pensando no depoimento pessoal, talvez se pudesse figurar a hipótese em que a parte, podendo comparecer pessoalmente, insistisse em fazê-lo por procurador. Também aí quem sabe se pudesse distinguir o ônus de prestar o depoimento e, por outra, o dever de colaborar, comparecendo pessoalmente.⁷⁶

De forma análoga, poder-se-ia pensar no ato da parte de arrolar testemunhas (resultado de típico ônus) acompanhado do requerimento de oitiva por carta precatória (ou até rogatória) daquelas domiciliadas fora da sede do juízo em que tramita o processo. Nesses casos poder-se-ia distinguir o ônus de indicar as testemunhas, de um lado, e o dever de colaborar, pela iniciativa de trazê-las à sede do juízo; caso em que a parte estaria não apenas contribuindo para a descoberta da verdade (pela produção da prova que propicia), mas também com a celeridade processual.⁷⁷

Mas, nesse caso, parece preferível que, partindo-se da premissa de que tal iniciativa é eticamente desejável, a lei seja expressa ao outorgar à parte o verdadeiro ônus de assim proceder, sob pena de impossibilidade de produção da prova fora da sede do juízo; o que, de qualquer modo, te-

75. Segundo a jurisprudência anotada por Theotônio Negrão-José Roberto F. Gouvêa, somente as partes residentes na comarca em que o juízo tem sede estão “obrigadas” a comparecer à audiência, enquanto “as demais somente irão se quiserem; não o querendo, serão ouvidas por precatória” (cf. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 493, nota 4 ao art. 343 do CPC).

76. Recorrendo-se, mais uma vez, à jurisprudência anotada por Theotônio Negrão-José Roberto F. Gouvêa, vê-se que a questão do ônus de prestar depoimento pessoalmente ou, por outro lado, a possibilidade de o fazer por procurador é ainda controvertida, embora os julgados mais recentes do STJ pareçam tender à negativa (cf. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 494, nota 1 ao art. 344 do CPC).

77. Em situação análoga àquela contemplada pelo art. 412, § 1º, do CPC brasileiro, ao prever a hipótese em que a parte assume voluntariamente o ônus de fazer comparecer suas testemunhas independentemente de intimação (ato que, em alguma medida, impõe um certo custo para o Estado).

ria que ser visto com grande cautela, porque a prática do ato fora da sede do juízo, ainda na hipótese aventada, não se daria em atenção apenas ao interesse da parte (que, talvez, nem exista nesse caso, se, por exemplo, por figurar como requerente, buscar o rápido desfecho do processo), mas do terceiro, a quem se teria também que impor o dever jurídico – sendo terceiro, aí, sim, um autêntico dever – e os eventuais ônus (pessoais e econômicos, por exemplo) do deslocamento e do comparecimento perante a sede do juízo.

Ainda analogamente, poder-se-ia pensar no ônus de arrolar testemunhas em confronto com o dever de fazê-lo estritamente nos limites necessários para comprovação dos fatos alegados e sem impor delongas processuais; o que poderia ser cogitado a propósito do número de testemunhas arroladas.⁷⁸ Mas aqui, e a exemplo das considerações supra, preferível seria uma opção legislativa de redução pela lei do número de testemunhas, transferindo o problema, mais uma vez, para o terreno do ônus,⁷⁹ ainda que com atenção às garantias da ampla defesa e do contraditório.

Também no terreno da prova testemunhal poder-se-ia entrever uma forma de colaboração da parte – sem que, contudo, se possa propriamente identificar um correspondente dever, à míngua de regra expressa a respeito – em trazer declarações previamente colhidas e assinadas pelos declarantes, especialmente diante de oficiais públicos, adotando-se, assim, um expediente já incorporado por outras legislações.⁸⁰

Mas, ao menos entre nós, não apenas pela ausência de regra expressa, providência dessa ordem possivelmente acabaria interpretada como uma tentativa de fugir à produção da prova sob o crivo judicial e do contraditório, tendendo, assim, a ser qualificada mais como uma tentativa de ato malicioso que propriamente de colaboração.

78. Curioso observar que em matéria publicada na *Revista Veja*, edição do mês de agosto/2007, uma das causas da falta de eficiência do Judiciário e, mais especificamente, da impunidade de que ali se fala consistiria na protelação resultante do excessivo número de testemunhas arroladas pelo acusado, a impor, como dito no texto, grande demora.

79. Embora não se possa descartar que, nas situações figuradas a propósito do ato de arrolar testemunhas de fora da terra ou em grande quantidade (desde que no limite legal), a parte viesse a ser sancionada por violação a autêntico dever, na medida em que, por exemplo, as testemunhas arroladas não pudessem saber acerca da controvérsia (o que, em princípio, só se poderia avaliar posteriormente) ou em que, de antemão, já pudesse a parte que as arrolou saber (sem o adversário ter a mesma informação) tratar-se de testemunhas incapazes, impedidas ou suspeitas.

80. V., supra, Capítulo I, n. 1.

Ainda na mesma linha de raciocínio acima proposta, talvez também se pudesse cogitar da hipótese marcada pela insistência da parte em que certo documento acoimado de falso permaneça nos autos e seja submetido a prova pericial (CPC, art. 392, parágrafo único). Mas nessa última hipótese, conforme já mencionado, estar-se-ia provavelmente diante da quebra do dever de veracidade, e não exatamente do dever de colaboração. Enfim, é mais um caso que parece demonstrar a não-existência de um autêntico dever de colaboração em matéria de prova.⁸¹

No terreno da prova pericial, considerando-se a regra do art. 427 do CPC, que faculta às partes a apresentação de pareceres técnicos elaborados por seus assistentes, tal providência, para além do ônus da prova propriamente dito, poderia ser entendida como atendimento a um dever de colaboração, na medida em que, em tese, a apresentação daqueles trabalhos poderia dispensar a realização da perícia propriamente dita (por experto nomeado pelo juízo) e, assim, permitir uma mais rápida e objetiva decisão acerca da controvérsia. Contudo, é de se reconhecer que o dispositivo é visto com reservas pela doutrina⁸² e, por regra de experiência comum, parece ser de escassa aplicação entre nós.

Uma outra hipótese na qual a imposição do ônus poderia autorizar, sempre em matéria de prova, a concomitante vigência de um dever poderia ser identificada, agora mais consistência, nos casos de direitos indisponíveis, para os quais já se acenou. Nestes, diante da inércia da parte – de sua falta de cooperação ou de colaboração –, não se pode extrair efeitos desfavoráveis consistentes no reconhecimento de fatos alegados por seu adversário. Isso pode levar, inclusive, à adoção de medidas coercitivas – notadamente a imposição de multa diária – ou até mesmo à sub-rogação – como no caso da busca e apreensão de coisas e documentos que a parte se recusa a exibir.⁸³

81. Embora o dever de veracidade seja ocasionalmente tido como espécie do dever de colaboração. Assim, Elício de Cresci Sobrinho, *Dever de veracidade das partes no processo civil*, p. 115.

82. Fazendo restrições dessa ordem: Antônio Carlos Marcato, *Código de Processo Civil interpretado*, pp. 1.376-1.377; Ernane Fidélis dos Santos, *Manual de direito processual civil*, vol. I, pp. 563-564. Embora sem se referir especificamente à regra do art. 427 do CPC brasileiro, Echandi fizera ressalva análoga ao afirmar que o assistente técnico é um mero auxiliar da parte, que não está obrigado a expor sua opinião quando desfavorável à parte em favor da qual atua e que de modo algum pode ser assimilado ao perito (cf. *Teoría general de la prueba judicial*, t. II, p. 365).

83. Sem prejuízo do quanto dito no texto, lembre-se que, em matéria de direitos indisponíveis, fica a interrogação acerca da existência de autênticos deveres de lealdade, de colaboração e de cooperação.

Enfim, as hipóteses assim aventadas e sumariamente examinadas parecem confirmar que, embora não seja impossível, parece ser consideravelmente difícil encontrar, na perspectiva da prova produzida dentro do processo cujo objeto é a declaração do direito,⁸⁴ hipóteses de verdadeiros deveres de colaboração em matéria de prova, dada a prevalência das situações em que caracterizado verdadeiro ônus dos interessados.

35. segue: colaboração das partes e providências de instrução preliminares ou antecipadas

Conforme já acenado, em um sistema em que, salvo por exceção, as partes não tem o ônus – e, a rigor, nem o direito – de pré-constituir prova (salvo em casos de urgência), as questões ligadas ao dever de lealdade no âmbito da prova parecem ficar realmente diminuídas. Primeiro, conforme já ponderado, não havendo prova pré-constituída (ou enquanto não se constitui a prova), não surge o dever ético ou jurídico de considerar elementos objetivos de instrução e, como visto, não há sentido em se cogitar de dever de veracidade – salvo se entendido como um “dever geral de informação” – se não há tais dados a servir de parâmetro para a conduta das partes. Diante da ausência daqueles indicadores, não há como recusar que as partes – ressalva feita a temas estritamente de direito e à prova que seja pré-constituída por sua própria natureza⁸⁵ – estão livres para ir a juízo ou para resistir à pretensão sem que qualquer conduta abusiva lhes possa ser razoavelmente imputada.

Assim, a colaboração que as partes possam dar em matéria de prova – à exceção do que possam ter pré-constituído – manifesta-se exclusivamente na fase de instrução, que, não sendo preliminar ou antecipada, está localizada em momento mais avançado do processo. Nessa medida, a colaboração dificilmente se traduz como um dever, mas acaba se resolvendo quase que invariavelmente em um ônus, porque, nesse momento, a atividade passa a estar diretamente ligada ao julgamento final e, portanto, à decisão imperativa. É um quadro até coerente quando se pensa na prova gravitando em torno do órgão judicial e voltada toda para a decisão estatal.

Contudo, verdadeira colaboração, em matéria de prova, as partes podem dar quando lhes é dado antecipar a respectiva produção.⁸⁶ Certo

84. Em particular no ordenamento brasileiro.

85. Essencialmente a prova documental.

86. Corroborando essa assertiva, Leonardo Greco realça a existência do dever de colaboração das partes na *discovery*, instituto do direito americano que, por ex-

que, nessa ótica, a prova perde sua ligação imediata com o julgamento final, cuja relevância apenas subsiste como projeção que as partes podem e devem fazer na avaliação de suas chances (“diante de tais e quais elementos de prova, como seria o julgamento pelo juiz?”). Em contrapartida, os elementos que então se apresentem às partes põem em evidência o dever ético e mesmo jurídico de os considerar – seja por si mesmas (elas e seus advogados), seja eventualmente com a interferência de terceiros, mediante recurso a mecanismos alternativos de solução de controvérsias.⁸⁷ Se a colaboração, como dito, está menos diretamente ligada ao julgamento, por outro lado, está conectada a formas de resolução da controvérsia por autocomposição. Portanto, se a cooperação das partes – em providências de instrução antecipadas – ainda não pode ser claramente vista em relação ao escopo jurídico do processo, aparece com grande nitidez em relação ao escopo social, de superação da controvérsia e conseqüente pacificação social.

Mais ainda: a antecipação da prova ou mecanismos de instrução preliminares não apenas permitem uma mais autêntica cooperação das partes como, ainda, se revelam importante instrumento para combater o eventual abuso do processo. Isso ocorre na medida em que se oferecem aos interessados elementos a partir dos quais podem razoavelmente aferir suas chances de êxito. Dessa forma, atenua-se a dificuldade normalmente indicada na caracterização do abuso, que consiste na apuração do elemento subjetivo das partes em relação às posições que defendem perante o juízo. Embora remanesça o citado aspecto subjetivo, passa a haver parâmetros a partir dos quais a parte pode avaliar se sua conduta será, no futuro, qualificada como abusiva.⁸⁸

Naturalmente, se é certo que a antecipação da prova pode funcionar como mecanismo de prevenção contra o abuso, isso não exclui que outros

celência, traduz a idéia de antecipação da produção da prova (“A prova no processo civil: do Código de 1973 ao novo Código Civil”, *RF* 374/185).

87. Para exame mais aprofundado da relação entre prova e meios alternativos de solução de controvérsias, passando pela valoração da prova por terceiros, v., *infra*, Capítulo V, n. 58.

88. Por outras palavras, a produção da prova de forma antecipada dá contornos de *objetividade* ao dever de veracidade. Não se trata, então, de uma verdade “falsa ou presumida por necessidade prática”, mas de uma verdade que se encontra seguindo um caminho de objetividade, a que se chega mediante uma pesquisa com “as possibilidades, os métodos e os modos que são próprios da condição humana” (cf. Giuseppe Capogrossi, “Giudizio, processo, scienza, verità”, in *Rivista di diritto processuale* V/13, Parte I, embora em contexto ligeiramente diverso).

expedientes sejam adotados⁸⁹ e que, se eventualmente consumada a conduta, se imponha a correspondente punição. Aliás, a repressão ao abuso fica facilitada quando, antes, o sistema se predispôs a fornecer às partes elementos objetivos para avaliação de suas chances de êxito em juízo.

36. *dever de colaboração das partes e poder de instrução do juiz*

As considerações precedentes sugerem a relevância do papel reservado às partes na produção antecipada da prova, não apenas como portadoras do ônus, mas como titulares de deveres jurídicos e éticos. É tema que, na recíproca interação entre as posições ostentadas pelos diferentes titulares da relação jurídica processual, merece ser visto no confronto entre as partes e o órgão judicial, complementando-se as considerações feitas anteriormente a propósito do poder de instrução do juiz.

Sobre o tema parece não haver dúvida quanto à circunstância de ser conveniente para o sistema que a prova resulte da iniciativa e da atividade das partes (não apenas na ótica do julgamento). Isso porque são elas que, presumivelmente, têm – ou devem se empenhar para ter – conhecimento dos meios e fontes disponíveis para demonstração dos fatos alegados ou a alegar perante o órgão judicial. A “operosidade” no âmbito da prova não dispensa, dentre outros, a importante participação dos sujeitos parciais.⁹⁰ Compete às partes, por si ou por seus advogados, a todo momento, avaliar a plausibilidade de ir a juízo, de insistir em pretensão já deduzida ou, sob outro ângulo, de resistir a dada pretensão. Tal avaliação, tratando-se de controvérsia que envolva fatos, há que ser feita em função das provas disponíveis ou que, em avaliação técnica, objetiva e razoável, quando menos possam ser produzidas. Portanto, desde que as partes tenham como dispor de elementos de prova para avaliar a “verdade”, há, sim, para elas um verdadeiro dever ético que abrange não apenas a avaliação de tais elementos (e a adequação de sua conduta processual a tais indicadores),⁹¹ mas igualmente a busca de tais elementos.

89. Para indicação de mecanismos dessa natureza, sem menção à antecipação da prova, v. Humberto Theodoro Jr., “Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro”, in José Carlos Barbosa Moreira (coord.), *Abuso dos direitos processuais*, pp. 116-117 – quase todos eles centrados no poder do juiz, dentro do processo e, nele, da fase de instrução.

90. Assim, embora falando de forma mais genérica: Paulo César Pinheiro Carneiro, *Acesso à justiça*, pp. 63-65. De forma análoga: Humberto Theodoro Jr., *Curso de direito processual civil*, vol. I, p. 386.

91. O que, em última análise, corresponde ao conteúdo do *princípio da veracidade*, antes tratado. V., *supra* Capítulo IV, especialmente nn. 30-31.

Conforme considerações precedentes, compreende-se a ênfase que deve ser dada ao papel do juiz na produção da prova. Mesmo nos sistemas de *common law*, embora ainda de forma consideravelmente diversa dos sistemas de *civil law*, o papel do órgão judicial tem sido, ao longo de décadas, alvo de modificações tendentes a um maior grau de intervenção, admitida como forma de impedir que as providências de instrução preliminares gerem demora e aumento de custos na solução das controvérsias. Contudo, essa ênfase não serve para minimizar o papel das partes na busca e na produção da prova, antes ou mesmo depois de instaurado o processo. Uma coisa é a inércia da parte, a gerar a iniciativa oficial em matéria de prova; outra, muito diversa, é a intervenção oficial na condução da prova.⁹²

A esse respeito, pensando no processo cujo objeto é a declaração do direito, a ênfase à iniciativa oficial em matéria de instrução pode atuar, ainda que indireta e involuntariamente, como uma espécie de diminuição da responsabilidade – ética ou jurídica – que as partes têm na pesquisa dos fatos relevantes. E, sendo assim, o destaque para o poder de instrução do órgão judicial, ainda que de forma distorcida, pode gerar uma espécie de falta de comprometimento das partes com a pesquisa dos fatos relevantes, ficando aquelas, por assim dizer, mais à vontade para alegar algo que não sabem exatamente se e como podem provar.

A partir disso, a menor importância dada ao papel das partes na busca dos meios de prova pode, ainda que mais uma vez de forma oblíqua, atuar como fator de estímulo à propositura de demandas ou à formulação de defesas infundadas, entendidas como aquelas em que as alegações são feitas sem razoável preocupação das partes com a efetiva possibilidade de se provar os fatos deduzidos; quiçá até mesmo sob o escudo da hipossuficiência (que, como visto, é argumento que justifica maior intervenção estatal em matéria probatória) ou de um afirmado interesse público ou, ainda, na ausência de conseqüências jurídicas e econômicas da presença em juízo em caso de derrota.

Na linha de raciocínio exposta, reforçar o papel que as partes têm na busca da verdade – e, portanto, dos meios de prova – é, em alguma medida, atenuar para o Estado um ônus; não entendido, aqui, exatamente em seu sentido de posição emergente da relação jurídica processual, mas como encargo que exige tempo e recursos materiais e humanos.

92. Mesmo no “modelo-base” dos sistemas de *civil law* se reconhece que os poderes de instrução do juiz são contrabalançados pelos deveres das partes de mútua colaboração (cf. Luigi Paolo Comoglio, *Etica e garanzie del “giusto processo”*, p. 188).

Portanto, sem pretender exaltar um sistema liberal em que a obtenção dos meios de prova fique a cargo de quem mais puder investir financeira ou economicamente no processo, fato é que o que as partes puderem fazer por si, na busca da verdade, o Estado não precisará fazer por elas e, ao final das contas, o que as partes puderem fazer por si terão feito para o processo – ou, melhor que isso, para os escopos que esse tem em mira.

Apenas para ilustrar a assertiva supra, lembre-se que, no Direito Brasileiro, a jurisprudência, na interpretação – nem sempre uniforme, e muitas vezes não-coerente – conferida à regra do art. 399 do CPC, tem freqüentemente reconhecido que, se a providência de instrução está a cargo da parte, a ela compete adotar todas as providências necessárias para a respectiva obtenção, não se justificando a intervenção estatal.⁹³ Vale dizer: embora certamente o juiz tenha o poder de determinar a providência de instrução, não convém – antes de tudo ao Estado – que o faça.

Certo que, com relação a tal tendência pretoriana, é preciso ressaltar que os julgados muitas vezes tratam de temas substancialmente distintos e que, a rigor, deveriam merecer soluções igualmente diversas. Por exemplo, há acórdãos que, em fase de execução (ou cumprimento da sentença, nos termos da Lei 10.232/2005), entendem que a quebra de sigilo fiscal para obtenção de dados como endereço e rol de bens do devedor somente se justificaria em “situações excepcionais”. Nesses casos, a bem da verdade, não se trata, tecnicamente, de produzir “prova”, porque não se trata de empreender atividades tendentes à declaração do direito, que, diversamente, já se presume reconhecido no título executivo que dá respaldo à pretendida invasão patrimonial. Aí se trata de proporcionar mecanismos, tão ágeis e efetivos quanto for possível, para dar concreta atuação a um direito previamente reconhecido (pelo próprio Judiciário, nos casos de título judicial).

Portanto, nesses casos, deixar o interessado entregue à própria sorte na busca de dados que, por circunstâncias jurídicas (como a preservação do sigilo e da intimidade) ou práticas, não pode razoavelmente atingir é ignorar que o cumprimento das decisões judiciais (ou mesmo dos direitos que o ordenamento indica como reconhecidos em títulos extrajudiciais) interessa antes de tudo ao Estado; certamente com igual ou até maior intensidade do que ocorre quando, no processo de conhecimen-

93. Para amplo exame da jurisprudência mencionada, v., por todos, Theotônio Negrão-José Roberto F. Gouvêa, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, pp. 513 e ss.

to, buscam-se meios de esclarecer os fatos para se declarar o direito no caso concreto. Em suma, nesses casos não se trata de provar, mas de dar efetividade ao comando judicial. E, nesse contexto, eximir-se o Estado da tarefa de pesquisar fatos causa verdadeira perplexidade, tanto mais quando se pensa em uma tendência de ampliação da iniciativa oficial de instrução na fase de declaração do direito.

Certo, também, que paradoxo dessa ordem, extraído da realidade brasileira apenas para ilustrar o desenvolvimento conceitual que aqui se procura estabelecer, parece ter sido captado em alguma medida pelo legislador, ao editar a Lei 10.382/2006. Dela se extrai, por exemplo, o comando dirigido ao juiz para que, a fim de possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, *requisite* – certo que “a requerimento do exequente” – à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, “informações sobre a existência de ativos em nome do executado”.⁹⁴ Não há, aí, qualquer exigência de caráter “excepcional”, mesmo porque informações de tal natureza, além de necessárias à atuação mais eficaz dos meios executivos, são inacessíveis para o credor sem a intervenção estatal.⁹⁵

Também se extrai da referida lei, com relevância para as considerações aqui feitas, que, paralelamente à faculdade e ao ônus de o devedor indicar bens à penhora, o fornecimento de tal informação vem expressamente qualificado como um típico dever, cuja violação caracteriza ato atentatório à dignidade da justiça e, nessa medida, sujeito a sanções de natureza pecuniária.⁹⁶ É disciplina que, embora sendo válida para a fase de execução e não podendo simplesmente ser estendida para a seara da atividade cognitiva, sugere, contudo, reflexão, na medida em que impõe à parte autêntico dever – não mais apenas um ônus – de fornecer elementos que, se não são meios de prova, dizem respeito a fatos relevantes para a atuação estatal.

Certo é que o problema – voltando-se ao tratamento estritamente conceitual do papel do juiz e das partes na iniciativa e na produção da prova – não poderá ser reduzido a uma simplista idéia de inércia dos interessados. Nos sistemas que desconhecem providências de instrução preliminares (salvo em casos de urgência) o problema apontado reside

94. Cf. art. 655-A, *caput*, do CPC (incluído pela Lei 10.382/2006).

95. V., *infra*, Capítulo V, n. 59.

96. Cf. redação dada ao art. 600, IV. Também o disposto no art. 652, § 3º, permite que o juiz – aqui, inclusive, de ofício – determine, “a qualquer tempo, a intimação do executado para indicar bens passíveis de penhora”.

na circunstância de que – mercê da atividade das partes ou do juiz – a prova dos fatos só pode mesmo ser feita em momento mais avançado do processo, sempre na perspectiva do julgamento judicial. Então, o que falta não é apenas vontade ou engajamento das partes na busca dos fatos e das providências de instrução, mas a possibilidade de as partes terem acesso à prova de forma antecipada ou a alguma forma de providências de instrução preliminares.

Tal verificação apenas põe em evidência uma espécie de círculo não-virtuoso: como a prova é produzida dentro do processo (cujo objeto é a declaração do direito), preponderantemente em uma fase de instrução e sempre ligada à idéia do julgamento estatal, dá-se ênfase ao poder do juiz; dando-se ênfase ao poder do juiz, menospreza-se, ainda que por vias reflexas, a responsabilidade das partes, cuja participação, mais do que relevante no processo, poderia ser decisiva em momento anterior, de modo a evitar a decisão estatal.⁹⁷ Assim, como a ênfase é para a prova dentro do processo declaratório e para o órgão judicial, não se cogita de estimular a prova a cargo das partes, antes daquele momento.

Isso tudo também mostra que não basta reconhecer o engajamento das partes na atividade probatória como algo desejável. Nem se pode, de forma genérica, simplesmente inferi-lo do ordenamento, ainda que indiretamente, de regras constantes do direito positivo. O exemplo, antes mencionado, do art. 600, IV, do CPC parece ser uma demonstração disso, na medida em que positivou tratar-se de típico dever. Primeiro, se às partes se impõe um dever (legal ou ético), imprescindível que ele seja estabelecido com razoável clareza, para que a observância da norma possa, depois, ser exigida. Segundo, se é caso de estabelecer um dever, é preciso delimitar as consequências para a respectiva violação; e, novamente, regras claras e expressas – tanto mais pela reserva legal que há de imperar nessa matéria – são imprescindíveis.

Certo, a propósito, que o estabelecimento do ônus de provar e a vigência de regras claras a respeito⁹⁸ já indicam consequência importante para a parte que deixar de se desincumbir do respectivo encargo. Quem não prova, no processo, é – ou pode ser – “sancionado” com a ausência

97. Embora o termo “responsabilidade” não seja usualmente empregado para designar qualquer das posições emergentes da relação jurídica processual, ele pode ser encontrado na doutrina de forma relacionada ao dever de lealdade das partes. Por exemplo, João Batistas Lopes, ao tratar do tema da litigância de má-fé, falou em garantia do acesso à justiça, “mas com responsabilidade” (cf. “O juiz e a litigância de má-fé”, RT 740/128-129).

98. V., *supra*, Capítulo II, nn. 15-17.

de reconhecimento dos fatos alegados. Mas, como se procurou demonstrar, o dever de que aqui se cogita é algo diverso do ônus da prova; quer porque uma e outra posições jurídicas são ontologicamente diversas, quer porque as conseqüências para a hipótese de não-observância pela parte também o são, não sendo lícito confundir tais conceitos.

Mas talvez mais importante que tudo isso é constatar que, se às partes se quer impor verdadeiro dever de colaborar para a descoberta da verdade, de sorte a prestigiar e dar relevo ao papel que têm na pesquisa dos fatos relevantes (antes e durante o processo), instrumentos adequados precisam a elas ser disponibilizados. E é justamente aí que, no entrelaçamento de que acima se falou, a antecipação da prova, mesmo fora das hipóteses de urgência, parece surgir como instrumento adequado ao escopo indicado. Partes engajadas na busca da verdade dos fatos são partes a quem são outorgados mecanismos para tanto. Do contrário, ainda que sem contar com a iniciativa judicial, não restará às partes senão atuar de forma engajada, mas sempre dentro do processo cujo objeto é a declaração do direito.

Nesse particular, vale ressaltar mais uma vez a experiência dos sistemas de *common law*, nos quais a produção antecipada da prova fora das hipóteses de urgência está expressivamente calcada na idéia de dever; embora ali também se possa enxergar o fenômeno à luz do ônus.

Para ilustrar, lembre-se que na Inglaterra o juiz pode impor às partes o dever de depositar o rol dos documentos relevantes para a decisão; dever que, embora não seja mais automático, caracteriza-se como tal. Lá, mesmo após as reformas do final do século XX, as partes permaneceram com o dever de colaboração, não apenas com o órgão judicial, mas também entre si: dever de fornecer informações antes da causa, de colaborar para composição da controvérsia e de contribuir para o rápido desenvolvimento do processo. Como igualmente visto, a *disclosure* pode também alcançar terceiros, e quanto a estes não resta dúvida de que a questão só pode mesmo ser vista sob o ângulo de autêntico dever. Além disso, o desatendimento à ordem emitida no âmbito da *pre-action discovery* configura situação de *contempt of court*, ainda que, de forma surpreendente se tomados os parâmetros do ordenamento brasileiro, ela não comporte execução por vias coativas.⁹⁹

Essa lembrança é feita sem qualquer cogitação de um eventual transplante de tais institutos para sistemas de estrutura, origem e subs-

99. Cf. Chiara Besso, *La prova prima del processo*, p. 118 e nota 160.

trato cultural diversos, tal como é o caso brasileiro.¹⁰⁰ Até porque a produção antecipada da prova naqueles ordenamentos – que se traduz em providências preliminares de instrução – tem implicações estruturais na conformação do respectivo processo e deve ser entendida em contexto cultural próprio. Trata-se, diversamente, de reconhecer que a busca e a produção da prova são, inclusive sob o prisma ético, antes de tudo, tarefas que devem estar a cargo da parte; o que, por si só, tende a fazer daquela atividade, como conseqüência natural, uma tarefa apenas secundária e complementarmente a cargo do Estado.

37. *dever de pré-constituição da prova: comportamento das partes diante da eventualidade da disputa judicial*

Conforme anteriormente exposto, a existência de verdadeiros deveres – não apenas ônus – no âmbito da prova é tema que pode ser inserido no contexto do que convencionou denominar de *princípio de lealdade*, que, por seu turno, se impõe não apenas às partes, mas a todos quantos integram a relação jurídica processual. É nessa seara que pode ser identificado o chamado *dever de veracidade* e, em alguma medida, também o *dever de colaboração* (que, como exposto, também pode ser associado ao princípio do contraditório), ambos ligados ao relevante componente ético que deve nortear o processo, instrumento a serviço do Estado para consecução de seus objetivos.

O exame de tais deveres foi feito – considerando-se a hipótese de trabalho inicialmente delimitada – segundo dupla perspectiva: da prova que se produz no curso do processo cujo objeto é a declaração do direito e, por outra, da prova que eventualmente se autorize seja produzida de forma antecipada. Exame dessa ordem permitiu concluir que, enquanto é mais difícil identificar verdadeiros deveres jurídicos ou éticos em

100. Vale aqui a advertência feitas por René David: “Os diferentes direitos comportam, cada um deles, conceitos à sombra dos quais exprimem suas regras, categorias no interior das quais eles as ordenam; a própria regra de direito é concebida por eles de um certo modo”. Assim, “existem, entre os direitos, diferenças, e o estudo de um dado direito implica uma tomada de consciência das diferenças de estrutura que podem existir entre este direito e o nosso” (cf. *Os grandes sistemas do Direito contemporâneo*, “Introdução”, pp. 1 e ss., sendo a citação da p. 12). De forma semelhante, v. José Carlos Barbosa Moreira, para quem, um dos pressupostos para construtiva análise do direito comparado “é o convencimento, fruto de reflexão tanto quanto possível objetiva, de que a pretendida inovação é compatível com o tecido do ordenamento no qual se quer enxertá-la” (cf. *Temas de direito processual*, Oitava Série, pp. 2 e 8).

matéria de prova dentro do processo (especialmente o de colaboração), dado que as posições jurídicas tendem a se esgotar no conceito de *ônus*, a possibilidade de tal identificação, contudo, cresce no terreno das providências de instrução preliminares ou antecipadas. Em suma, sustentou-se que a observância do dever de veracidade pode ser exigido (ainda que pensando no processo declaratório), com maior razão, da parte que disponha de elementos para aquilatar a verdade (com todas as ressalvas já feitas a propósito) e que, assim, pode e deve se portar em juízo em conformidade com tais parâmetros. Sustentou-se, também, que uma mais autêntica cooperação ou colaboração das partes em matéria de prova pode ser identificada na produção antecipada desta última.

Em complemento a tais considerações, outras podem e devem ser feitas com proveito, mais uma vez a partir de um critério que, coerente com a tônica do presente estudo, se poderia dizer cronológico, isto é, que considera o momento da formação ou da constituição da prova em relação ao processo aparelhado para a declaração do direito.¹⁰¹ Com isso, já com o terreno preparado pelas considerações precedentes, pretende-se, então, aprofundar o exame das diferentes manifestações do que se poderia qualificar como um verdadeiro dever – ético e jurídico – de pré-constituição da prova, entendido como uma forma de desdobramento tanto do dever de veracidade quanto, especialmente, do dever de cooperação ou de colaboração (e, portanto, como manifestação do dever de lealdade, já mencionado).

Procurando, então, seguir o método proposto, considere-se, em primeiro lugar, e mais uma vez, o momento anterior à instauração do processo cujo objeto seja a declaração do direito. Nessa oportunidade é certo que as partes estão ainda regidas por normas de direito material, porque, não existindo ainda a relação jurídica processual, é mais difícil cogitar de deveres propriamente processuais.¹⁰²

Isso não quer dizer, contudo, que os titulares de dada relação jurídica substancial não possam e até mesmo não devam agir levando em

101. Ou apenas em relação à declaração do direito. A idéia de antecipação da prova, tal como aqui concebida, faz mais claro sentido quando se concebe a produção que antecede a instauração do processo declaratório. Contudo, não se descarta que, conceitualmente, a antecipação possa ser feita já sob a vigência do processo de conhecimento, mas de forma a adiantar atos de instrução antes da fase normalmente reservada para tanto. Portanto, embora a antecipação da prova aqui concebida seja essencialmente a preparatória, não se descarta o aproveitamento das idéias expostas ao longo do estudo às antecipações incidentais.

102. De qualquer forma, v., supra, n. 31, a propósito de um dever processual de informação que decorreria do dever de veracidade.

conta a eventualidade de uma futura disputa judicial.¹⁰³ É exatamente em função disso que, embora nos restritos limites das convenções em matéria processual, os interessados, por exemplo, ajustam cláusula compromissória,¹⁰⁴ elegem determinado foro como competente,¹⁰⁵ dispõem sobre honorários advocatícios¹⁰⁶ ou até mesmo regulam a distribuição do *ônus* da prova.¹⁰⁷

Portanto, não parece ser exagerado nem artificial dizer que os interessados, agindo com diligência e transparência, se disponham a adotar providências que, de alguma forma, são pensadas para produzir efeitos se e quando uma controvérsia surgir e, eventualmente, acabar formalizada perante o Judiciário. E dentre essas providências parecem ter relevância, justamente, a prova e respectiva pré-constituição, ficando aqui reforçadas as considerações feitas anteriormente sobre o importante papel que a regulamentação legal acerca da distribuição do respectivo *ônus* desempenha na orientação da conduta dos interessados.¹⁰⁸

Assim, mesmo sem a cogitação mais clara de uma controvérsia e, portanto, de uma disputa judicial, interessados e, eventualmente, respectivos advogados devem se pautar pelo princípio de lealdade no momento anterior ao processo. Pensando especialmente nas providências cuja formação está a cargo dos interessados sem a necessidade de intervenção judicial, a iniciativa de pré-constituição de dada prova no âmbito contratual, por exemplo, pode ser vista como manifestação do princípio de boa-fé objetiva, que deve nortear as relações obrigacionais de um modo geral.¹⁰⁹

103. E mesmo que o dever, por preceder a instauração da relação jurídica processual, pertença ao plano substancial do ordenamento, ainda assim ele continua a ser um dever – e essa é a maior preocupação do texto.

104. Art. 3º da Lei 9.307/1996.

105. Art. 111 do CPC.

106. Assim o disposto no art. 62, “d”, da Lei 8.245/1991.

107. Art. 333, parágrafo único, do CPC.

108. V., supra, Capítulo II, nn. 15-17.

109. V., supra, Capítulo I, n. 3. Falando da preocupação do Legislador com o “mau uso do processo” e destacando sua inserção em “contemporâneo enfoque doutrinário”, José Manoel de Arruda Alvim bem sublinhou que se trata de tendência que “guarda coerência com o direito em geral e, especialmente, consta do vigente Código Civil (art. 187, em que se giza a noção de *abuso de direito*; no art. 422 – entre muitos outros textos – em que no campo dos contratos, há referência à obrigatoriedade de observância da boa-fé)” (cf. “Sobre as multas instituídas nos arts. 14 e 18 do CPC”, in Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (coords.), *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, p. 657). Na doutrina france-

Nesse terreno ganha importância a participação do advogado; não por qualquer razão que formalmente obrigue a intervenção de profissional com tal qualificação¹¹⁰ (e que, nessa medida, pudesse ser contestada, por ter inspiração negativamente corporativa), mas, sim, pela real conveniência e concreta utilidade de que as partes sejam orientadas, naquele momento, sobre os pontos de estrangulamento e acerca das divergências que potencialmente resultam do ato por elas celebrado.¹¹¹ Isso naturalmente pode envolver a forma dos atos – e, portanto, a pré-constituição de prova, documental ou mesmo de outra natureza.

É pensar na confecção de atas de reuniões mantidas entre as partes, na troca de mensagens por correio eletrônico (*e-mail*), na documentação de vistorias, na lavratura de boletins de ocorrência junto à autoridade policial ou outro órgão da Administração, no registro (escritura pública) de declarações de pessoas,¹¹² dentre outros.

Mesmo fora das relações contratuais a pré-constituição da prova por obra das partes, para além de reconhecidamente atuar como forma de atendimento ao ônus de provar,¹¹³ pode ser relacionada, ainda que mais remotamente, com a boa-fé e com a diligência das partes, que buscam o registro, a formalização¹¹⁴ ou até mesmo a publicidade de certos atos, sempre tendo em vista futura e eventual disputa judicial.

sa, relacionando dever de lealdade processual e direito substancial e, a partir dessa interação, falando de um “princípio geral de lealdade na busca da prova”, v. Marie-Emma Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, pp. 201-202.

110. Lei 8.906/1994, arts. 1º e 2º.

111. Entre advogados é conhecida a idéia segundo a qual, em debate acerca do conteúdo de certo contrato, sempre que possível é útil a presença de profissional com experiência na área contenciosa, precisamente para que possam ser feitas as projeções referidas no texto. Enquanto se lida com a saúde, pensa-se também na patologia.

112. Interessante a lembrança de Pontes de Miranda ao tratar da cognição que se contém na antecipação da prova. Ressalvando que ela não corresponde àquela feita para o julgamento, e dizendo que é aquela que “enche a produção da prova e a sua assunção”, o jurista disse: “Também a tem o tabelião que faz a escritura pública, que antes fora função do juiz” (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. XII, p. 255).

113. Com particular relevância para a obtenção de provimentos de urgência. A respeito, v., supra, Capítulo II, n. 18

114. No contexto das preocupações com a formação da prova, convém lembrar a Medida Provisória 2.200-2, de 24.8.2001, que instituiu a “Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização

Volta-se aqui ao tema da chamada “prova melhor”, que, para além dos relevantes aspectos ligados ao ônus de pré-constituição da prova,¹¹⁵ pode também ser relacionada, ao menos em alguma medida, com os deveres de lealdade e colaboração. Assim, suposto que, segundo regras constantes do ordenamento, a “prova melhor” seja a pré-constituída, parece lícito falar também no dever ético das partes não apenas de apresentá-la em juízo mas, antes disso, de atuar para a produção do elemento mais adequado possível à prova das respectivas alegações, prevenindo-se, assim, eventuais fraudes ou abusos.¹¹⁶

Como já foi dito, isso é particularmente visível no confronto entre a prova documental e a testemunhal, conforme resulta, entre nós, da regra do art. 401 do CPC: a qualificação daquela como “melhor” e dessa como “inferior” virtualmente induz o interessado a pré-constituir a primeira,¹¹⁷ ficando limitada, portanto, uma possível escolha da prova pela parte in-

de transações eletrônicas seguras” (art. 1º). Com a certificação digital potencializa-se a pré-constituição da prova no âmbito eletrônico, na exata proporção em que as partes gozam de maior segurança quanto à identidade da parte adversa (cf. Fabiano Menke, “Assinaturas digitais, certificados digitais, infra-estrutura de chaves públicas brasileira e a ICP alemã”, *Revista de direito do consumidor* 48/133), sendo possível invocar, em eventual disputa judicial, a regra segundo a qual as declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários (CPC, art. 368, e CC, art. 219. V. também o art. 10, § 1º, da citada medida provisória). Para uma análise do funcionamento da certificação digital, no Brasil e em outros países, cf. além da obra já citada: Pedro Antônio Dourado de Rezende, “Certificados digitais, chaves públicas e assinaturas: o que são, como funcionam e como não funcionam”, *RDI* 49/129-142; Edilane Del Rio Copalo, “ICP – Brasil”, *Revista CEJ* 20/59-66.

115. V., supra, Capítulo II, n. 14.

116. Cf. Francesca Ferrari, *La “prova migliore”*, pp. 11, 17, 19 (especialmente nota 45) e 128 (especialmente nota 18), com amplas referências doutrinárias. Significativo, a respeito, o julgamento proferido pelo STJ no REsp 3406-RS, de que foi Relator o então Ministro Athos Gusmão Carneiro. Tratava-se de transporte de carga e de alegada avaria. Ali se disse: “A inexistência de vistoria prévia faz com que a dívida exsurgente do montante pago a título de indenização pela seguradora, para a proprietária da mercadoria transportada, seja resolvida em benefício da transportadora, acionada em direito de regresso por aquela. Quando a própria seguradora consigna em seus documentos que ‘a natureza da avaria’ consiste em simples ‘arranhaduras’ [sic] é incompreensível pague, sem prévia vistoria, soma superior à meta-de da carga, e depois pretenda repassar esse mesmo valor para a transportadora, que sequer foi chamada para acompanhar a regulação do sinistro procedida por empresa particular do ramo”. Caso análogo foi julgado pelo antigo 1º TACivSP nos autos da Ap. 627882-8, rel. Juiz Eliot Akel, julgando-se a demanda improcedente justamente pela ausência da vistoria prévia.

117. Francesca Ferrari, *La “prova migliore”*, p. 211.

teressada.¹¹⁸ Isso se explica – conforme dá conta a autorizada doutrina – pela circunstância de que a preferência pela prova documental, em detrimento da testemunhal, é justificada pela disponibilidade daquela primeira.¹¹⁹ Isso, em certa medida, justifica certa hierarquização entre meios de prova, a atenuar a prevalência da regra da persuasão racional.¹²⁰ Ademais, no caso da prova testemunhal, por sua própria natureza, considera-se sua maior exposição a eventuais condutas fraudulentas.¹²¹

Também a publicidade resultante dos registros públicos, em particular, assenta-se no postulado da oponibilidade *erga omnes* e, dessa forma, é apta a gerar a presunção do conhecimento dos fatos ali documentados;¹²² presunção que, como já se viu, quando menos interfere com o tema do ônus da prova.¹²³ Por outro lado, é inegável a relação que os registros públicos, pela função probatória que desempenham, guardam com a busca de segurança; e a ligação com a boa-fé sugere, mais uma vez, que o tema pode extrapolar os limites do ônus e enveredar para o campo de típicos deveres.¹²⁴

E, embora a pré-constituição da prova, no contexto cogitado e nas inúmeras hipóteses ventiladas, possa se dar pela exclusiva atuação dos

118. Mas a regra não se identifica exatamente com as hipóteses nas quais, por força do direito material, a forma do negócio jurídico deve ser escrita e, eventualmente, pública; identificação aparentemente feita por Clóvis do Couto e Silva, “Direito material e direito processual em tema de prova”, *RF* 251/34. De forma mais exata, v. Fábio Guidi Tabosa Pessoa, in Antônio Carlos Marcato (coord.), *Código de Processo Civil interpretado*, p. 1.285.

119. Cf. Francesca Ferrari, *La “prova migliore”*, p. 213, especialmente nota 41, novamente com amplas referências doutrinárias.

120. Cf. Antônio Carlos de Araújo Cintra, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, p. 153. Referido processualista lembra Chiovenda, para quem a restrição à prova testemunhal decorreria de “complicações procedimentais relativas a essa espécie de prova”; mas reconhece que a regra se mantém atual “para favorecer a formação da prova escrita, mais segura e precisa”, lembrando, então, a opinião de Liebman.

121. Na doutrina nacional, v. Fábio Guidi Tabosa Pessoa, in Antônio Carlos Marcato (coord.), *Código de Processo Civil interpretado*, pp. 1.282-1.283 – salientando a menor credibilidade que a prova testemunhal apresenta em certas circunstâncias, uma vez que mais exposta à fraude.

122. Assim na doutrina: Walter Ceneviva, *Apontamentos sobre o novo direito imobiliário brasileiro*, pp. 63-64; Miguel Maria de Serpa Lopes, *Tratado dos registros públicos*, vol. I, p. 66; Edison Josué Campos de Oliveira, *Registro imobiliário*, p. 72.

123. Sobre a relação entre *presunção* e *ônus da prova* v., supra, Capítulo I, n. 11.

124. Cf. José Raimundo Gomes da Cruz, *Estudos sobre o processo e a Constituição de 1988*, pp. 166-167.

interessados, naturalmente não impedirá que, sendo necessária e adequada (portanto, útil), seja invocada a intervenção estatal para tanto; do que resultará, portanto, a produção antecipada da prova em juízo.

Certo, finalmente, que remanesce a dúvida – persistente diante das considerações tecidas nos tópicos precedentes e também dos aspectos aqui analisados – sobre se realmente é possível falar em um autêntico dever de pré-constituir a prova, que poderia ensejar correspondentes e típicas sanções. Embora, como já ponderado, o tema tenda a resvalar para o terreno do ônus, os aspectos éticos envolvidos sugerem que a visão da prova e de sua pré-constituição ou produção antecipada como mero imperativo do próprio interesse parece ser, quando menos, incompleta.

Sem embargo disso, apenas convém reiterar que aquele que não pré-constitui prova (isto é, não toma a iniciativa de antecipar, de alguma forma, sua produção) não pode ser, só por isso, depois (ao ensejo do processo declaratório), reputado litigante ímprobo. A existência de um dever pressupõe – pela sanção que nele se contém – indispensável clareza por parte do ordenamento, consoante igualmente exposto. Assim, é muito mais provável que a “sanção” de quem, podendo pré-constituir prova, não o fez não vá além do eventual insucesso em juízo – aspecto que, como visto, está relacionado ao conceito de ônus.

38. segue: dever de não pré-constituir prova ilícita

Como se procurou demonstrar, a cogitação de um autêntico dever (não apenas ônus) de pré-constituição da prova tem raízes no componente ético que inspira o processo, como instrumento posto a serviço do Estado para consecução de objetivos seus, que não se limitam aos perseguidos pelas partes, nem se restringem à atuação da vontade concreta do direito objetivo. Nessa medida, os deveres de veracidade e de colaboração estão ligados a um princípio de lealdade, que deve inspirar todos os sujeitos da relação jurídica processual. E, sendo assim, a pré-constituição da prova certamente envolve um dever – que aqui pode ser qualificado dessa forma – cujo conteúdo é uma abstenção: jurídica e eticamente, os interessados devem se abster de pré-constituir prova ilícita.

Aí, sim, parece residir uma clara manifestação de autêntico dever, que, se não pode ser mais rigorosamente qualificado como processual, tem relevante repercussão sobre o processo, na medida em que, para além de consequências civis, penais e administrativas que a obtenção da prova por forma ilícita possa acarretar, é no processo que sua inadmissibilidade deverá ser reconhecida. Vale dizer: além de eventualmente se poder

cogitar de um dever de pré-constituir certa prova, como desdobramento dos deveres de veracidade e de colaboração, mais importante que isso é o dever dos envolvidos de abstenção de pré-constituir prova ilícita.

Isso vale, sem dúvida, para a órbita das relações privadas, bastando pensar na instalação de escutas telefônicas, na violação de correspondência ou em qualquer outra forma de violação do sigilo, da privacidade ou da intimidade. Mas é seguramente no âmbito de relações que envolvam entes públicos que o tema parece ganhar especial importância, na medida em que para a ilicitude da prova possa concorrer o poder de que referida pessoa ou agente sejam investidos.

Isso tem particular importância no tocante à formação do inquérito civil, em cujo contexto tem expressiva relevância o comportamento ético que se espera dos membros do Ministério Público, tendo em vista as intensas repercussões sociais que podem decorrer das providências adotadas por iniciativa do mesmo.¹²⁵

Finalmente, embora o conceito de *prova ilícita* usualmente não abranja o emprego de *prova falsa*, parece correto também aí falar em um típico dever de abstenção consistente em não produzir e não empregar no processo prova de tal modo viciada.

A vedação, nesse caso, pode e deve ser entendida com maior amplitude, de sorte a abarcar não apenas as hipóteses de não-autenticidade e que dão azo ao chamado *incidente de falsidade*,¹²⁶ mas também as da chamada *falsidade ideológica*, isto é, que dizem respeito ao conteúdo que emana da prova. Muito embora tais aspectos sejam usualmente enfatizados ao ensejo da prova documental, em boa medida eles se aplicam aos outros meios de prova, especialmente a prova oral (por exemplo: depoimento de testemunha que se saiba contrário à verdade) e pericial (por exemplo: laudo que se saiba divergir da realidade que se propusera a retratar).

39. segue: pré-constituição da prova e abuso de direito

De certa forma relacionado com o assunto tratado no tópico anterior apresenta-se o de eventual abuso na prática de atos tendentes à

125. Aspecto realçado por Hugo Nigro Mazzilli (cf. *O inquérito civil*, pp. 198-199).

126. A jurisprudência dominante, de forma correta, entende que o incidente de falsidade, tal como disciplinado pelos arts. 390 e ss. do CPC, não cabe quando se trata de falsidade ideológica, porque essa pode ser reconhecida pelo juiz de forma incidental na própria sentença, quando da apreciação do conjunto probatório.

pré-constituição ou à produção antecipada da prova. Assim, não basta que o interessado, no contexto examinado, se abstenha de obter e de formar prova por meio ilícito. Mais que isso, ainda que reconhecidas as diferentes e relevantes funções que a produção preliminar de prova tem para o sistema processual, isso não pode servir de pretexto para que a descoberta e o registro de certos fatos sirvam de instrumento para consecução de fins repudiados pelo direito e pela ética.

Portanto, ao mesmo tempo em que a pré-constituição da prova encontra respaldo em fundamentos éticos, a ponto de ser possível cogitar de um autêntico dever (relacionado ao princípio de lealdade e aos deveres de veracidade e de colaboração ou cooperação), princípio de igual natureza impede que a parte invoque a prerrogativa de antecipar providências de instrução de forma abusiva. É, por assim dizer, o outro lado do aspecto ético que se revela na pré-constituição da prova, em juízo ou fora dele.

Desde logo percebe-se que, embora o assunto aqui esteja sendo examinado sob a ótica de um dever, ele está diretamente relacionado com o reconhecimento de um verdadeiro direito (ou poder) de produzir prova antecipadamente, ou, por outras palavras, de a pré-constituir, mesmo que ausente o pressuposto da urgência.

Com efeito, até mesmo em termos lógicos, para que se cogite do eventual abuso de certo direito, antes, é preciso reconhecer a existência desse último. Além disso, o tema do abuso surge a propósito do exercício da prerrogativa de investigação, que, como reconhece a doutrina, integra o conteúdo do chamado direito à prova e que, como se procurará demonstrar, está igualmente presente, de forma relevante, na concepção de um autêntico direito à pré-constituição de prova (pensando-se neste fora do bojo de um processo cujo objeto seja a declaração do direito e mesmo que ausente o pressuposto da urgência). Portanto, as considerações aqui expendidas devem ser lidas em consonância com outras, feitas na sequência, a propósito da antecipação da prova vista como um direito ou poder do interessado.¹²⁷

Também convém ressaltar a reconhecida dificuldade de se definir o que seja, tecnicamente, *abuso de direito*. É tema que há muito se discute na seara da teoria geral do direito e em diferentes campos do direito privado e público – inclusive, e conforme já se mencionou, do direito

127. Esse aspecto apenas reforça a intensa e recíproca interação que vigora entre as diferentes posições jurídicas que resultam da relação processual, conforme já destacado (v., supra, Capítulo II, n. 6).

processual. Neste, cogita-se do abuso no exercício dos direitos de ação, de defesa e das posições jurídicas que deles resultam, quando vistos em uma perspectiva analítica; aí incluído o direito de provar, quer se pensado como desdobramento da ação e da defesa, quer, ainda, se entendido como prerrogativa de pedir ao Estado tão-somente a produção de certa prova – sendo esta última hipótese, considerados os limites e objetivos do presente estudo, a que merece ser examinada com maior vigor.

Aqui não se pode prescindir da experiência norte-americana, a propósito da já mencionada *abuse discovery*. Trata-se de fenômeno associado pela doutrina a fatores como o surgimento das *class actions* (geradoras de *complex litigation*), o surgimento de novos direitos no plano substancial (por exemplo, nas relações de consumo), o avanço da tecnologia e, em certa medida, o caráter empresarial da advocacia norte-americana, a qualificar a *discovery* como “agressiva”.¹²⁸

Naquele ordenamento costuma-se identificar, genericamente, como exercício abusivo da *discovery* a postulação que causa “aborrecimento, embaraço, opressão, ou um excessivo ônus ou gasto”;¹²⁹ ou, ainda, com ilegítimo propósito de “causar atrasos ou despesas à parte adversa”.¹³⁰

É o caso de requerimento de informações inúteis ou excessivas objetivando atormentar a parte adversa (*overuse of discovery* ou *overdiscovery*);¹³¹ do fornecimento de um elevado volume de documentos com intuito de dificultar o exame do requerente (*bulk discovery* ou *hide and seek play*);¹³² do requerimento genérico e vago de informa-

128. Assim, com amplas referências, Angelo Dondi, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, pp. 175-187.

129. “Annoyance, embarrassment, oppression, or undue burden or expense” (*Rule 26(c)*). Expressões também usadas por Thomas A. Mauet, *Pretrial*, 6ª ed., p. 291.

130. “Illegitimate purpose of inflicting delay and expense on the opposing party” (v. Geoffrey C. Hazard Jr. e Michelle Taruffo, *American civil procedure – An introduction*, pp. 117-118).

131. Assim: Geoffrey C. Hazard Jr. e Michelle Taruffo, *American civil procedure – An introduction*, p. 118; Michele Taruffo, “Abuse of procedure rights: comparative standards of procedural fairness – General report”, in Michele Taruffo (coord.), *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*, p. 17; e Thomas A. Mauet, *Pretrial*, 6ª ed., p. 291.

132. Cf.: Michele Taruffo, “Abuse of procedure rights: comparative standards of procedural fairness – General report”, in Michele Taruffo (coord.), *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*, p. 18; Geoffrey C. Hazard Jr., “Abuse of procedure rights: regional report for the United States”, in Michele Taruffo (coord.), *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*, p. 49 – para quem esse é um dado raro, mas notório; Richard L.

ções (*fishing expedition*), inclusive com a incompleta delimitação de seu conteúdo;¹³³ da recusa ao fornecimento de informações requeridas, sob o falso pretexto de impossibilidade técnico-processual de colaboração¹³⁴ ou pelo simples motivo de impedir o acesso a informação relevante, com a destruição de documentos ou através de outra forma intencional ou culposa de obstrução do uso da prova.¹³⁵

A parte ou terceiro que sofre (ou se vê na eminência de sofrer) um *abuse of discovery* pode intentar uma *protective order*, buscando que o tribunal determine medidas tendentes a abolir ou minimizar o abuso, havendo a possibilidade de que seja obstada a própria *discovery*,¹³⁶ sendo recomendável que isso seja feito o quanto antes, para que o pedido tenha maior credibilidade perante o juiz.¹³⁷

É reconhecida a dificuldade de se separar a *discovery* agressiva da abusiva, de tal sorte que, na prática, apenas os abusos flagrantes são

Marcus, “Retooling american discovery for the 21st century: towards a new world order?”, in Michele Taruffo (coord.), *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*, p. 294.

133. Cf. Michele Taruffo, “Abuse of procedure rights: comparative standards of procedural fairness – General report”, in Michele Taruffo (coord.), *Abuse of procedure rights: comparative standards of procedural fairness*, p. 18.

134. A propósito, na doutrina brasileira recente, v. Helena Najjar Abdo, *O abuso do processo*, pp. 220-221.

135. Cf. Michele Taruffo, “Abuse of procedure rights: comparative standards of procedural fairness – General report”, in Michele Taruffo (coord.), *Abuse of procedure rights: comparative standards of procedural fairness*, pp. 17-18.

136. Trata-se da *Rule 26(c)* das *Federal Rules of Civil Procedure*: “A party or any person from whom discovery is sought may move for a protective order in the Court where the action is pending – or as an alternative on matters relating to a deposition, in the Court for the district where the deposition will be taken. The motion must include a certification that the movant has in good faith conferred or attempted to confer with other affected parties in an effort to resolve the dispute without Court action. The Court may, for good cause, issue an order to protect a party or person from annoyance, embarrassment, oppression, or undue burden or expense, including one or more of the following: (A) forbidding the disclosure or discovery; (B) specifying terms, including time and place, for the disclosure or discovery; (C) prescribing a discovery method other than the one selected by the party seeking discovery; (D) forbidding inquiry into certain matters, or limiting the scope of disclosure or discovery to certain matters; (E) designating the persons who may be present while the discovery is conducted; (F) requiring that a deposition be sealed and opened only on court order; (G) requiring that a trade secret or other confidential research, development, or commercial information not be revealed or be revealed only in a specified way; and (H) requiring that the parties simultaneously file specified documents or information in sealed envelopes, to be opened as the Court directs”.

137. Thomas A. Mauet, *Pretrial*, 6ª ed., p. 293.

sancionados.¹³⁸ Igualmente difícil é determinar quem foi o responsável pelo abuso (se a parte ou o advogado), existindo mecanismos para punilos, isolada ou cumulativamente;¹³⁹ circunstância que ganha relevância diante da constatação de que normalmente os abusos são causados pelos advogados, e não pelas partes.¹⁴⁰

Atualmente os abusos são mais raros, em razão da intervenção dos juízes,¹⁴¹ que têm tido o respaldo da Suprema Corte,¹⁴² que, em alguma medida, pode justificar a tendência de que o *abuse of discovery* é mais comum na produção de documentos que na prova oral.¹⁴³

Além das hipóteses de abuso, há também limitações à *discovery*. Por exemplo, no caso de pessoas jurídicas (*high corporate officers*) que não tenham conhecimento de primeira mão de quaisquer fatos relevantes;¹⁴⁴ ou na busca de informações sobre “restituições fiscais, dados financeiros de empresas, e outras informações particulares”;¹⁴⁵ ou, ainda, quando

138. Geoffrey C. Hazard Jr. e Michelle Taruffo, *American civil procedure – An introduction*, p. 118. Igualmente constatando o subjetivismo no reconhecimento da *discovery abuse*: C. Ronald Ellington, *Discovery abuse in the State of Georgia – Just how bad is it?*, p. 22.

139. É o caso da sanção denominada *payment of expenses*, através da qual “the Court must order the disobedient party, the attorney advising that party, or both to pay the reasonable expenses, including attorney’s fees, caused by the failure, unless the failure was substantially justified or other circumstances make an award of expenses unjust” (*Rule 37, (b)(2)(c)*). Thomas A. Mauet observa que essa possibilidade impõe ao advogado o dever de deixar claro para o juiz que não é ele, mas sim seu cliente, o responsável pelo problema (cf. *Pretrial*, 6ª ed., p. 299) – o que no contexto brasileiro poderia causar certa estranheza, na medida em que acaba por colocar o advogado e seu cliente em posições antagônicas.

140. Thomas A. Mauet, *Pretrial*, 6ª ed., p. 299.

141. Geoffrey C. Hazard Jr., “Abuse of procedure rights: regional report for the United States”, in Michele Taruffo (coord.), *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*, p. 49. Avanço, esse, também atribuído à emenda, em 1983, da *Rule 26(b)(1)*, que encorajou os juízes a serem mais agressivos na identificação do abuso da *discovery*, inclusive de ofício (cf. Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane e Arthur R. Miller, *Civil procedure*, 4ª ed., p. 444, especialmente nota 1).

142. Thomas A. Mauet, *Pretrial*, 6ª ed., p. 297.

143. Richard L. Marcus, “Retooling american discovery for the 21st century: towards a new world order?”, in Michele Taruffo (coord.), *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*, p. 296; C. Ronald Ellington, *Discovery abuse in the State of Georgia – Just how bad is it?*, p. 22.

144. “Who have no firsthand knowledge of any relevant facts” (*Rule 26b*) (v. Thomas A. Mauet, *Pretrial*, 6ª ed., p. 291).

145. “Tax returns, corporate financial data, and other proprietary information” (cf. Thomas A. Mauet, *Pretrial*, 6ª ed., p. 291).

se pretende invadir a intimidade alheia,¹⁴⁶ especialmente tratando-se de experiências sexuais femininas.¹⁴⁷

Todas essas situações, embora extraídas de sistema que apresenta suas próprias particularidades (o que, como sabido, impede sua pura e simples importação ou aceitação), certamente apresentam aspectos de universalidade e podem ser tomadas ao menos como parâmetro para que se possa aferir o eventual cometimento de abusos no exercício do direito à prova, ressalvado o exame de cada situação concreta.

40. segue: dever de valoração da prova pré-constituída

A antecipação da prova, embora tradicionalmente focada nos atos de sua obtenção e produção, pode e deve também ser vista sob o ângulo da respectiva valoração pelas partes.¹⁴⁸ Aí, na linha de considerações feitas anteriormente, parece residir um importante aspecto ético¹⁴⁹ a indicar a existência de verdadeiro dever da parte de considerar os elementos de prova pré-constituídos e de orientar sua conduta em função desses indicadores – dever, esse, que, se não é o próprio dever de veracidade, é dele muito próximo.

146. Conforme relatou José Roberto dos Santos Bedaque, relevante constatação é o empenho de se obter, durante a *pre-action*, o maior volume de dados possíveis, potencializando a realização do acordo. Movimento, esse, que, contudo, não ignora os limites a ele inerentes, em especial privacidade, sigilo profissional e despesas (cf. “Novas tendências em matéria de fase preliminar. Relatório-síntese”, in Ada Pellegrini Grinover e Petrólio Calmon (orgs.), *Direito processual comparado – XIII Congresso Mundial de Direito Processual*, p. 262).

147. Geoffrey C. Hazard Jr., “Abuse of procedure rights: regional report for the United States”, in Michele Taruffo (coord.), *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*, p. 49. O autor também se refere, nessa passagem, à legislação de alguns Estados americanos, aplicável em processos criminais, vedando indagações acerca da vida sexual pregressa das vítimas de estupro (cf. ob. e loc. cit.).

148. Optou-se por falar em *valoração*, vocábulo tradicionalmente reservado à atividade que, nesse particular, é desempenhada pelo juiz. Tratando da conduta dos interessados, talvez se pudesse empregar o termo *consideração* da prova, ou outro, tão ou mais genérico. Contudo, embora fazendo a ressalva, reafirma-se a opção feita no texto, que procura ser coerente com uma das tônicas do trabalho, que consiste em propor a superação da idéia tradicional de que a prova é exclusivamente dirigida ao órgão judicial e que somente a ele cabe a respectiva valoração.

149. Se é ético é também *jurídico*, na medida em que o processo é instrumento ético e a preservação desse componente pelas partes é buscado, inclusive mediante o estabelecimento de sanções; quer para a parte, quer eventualmente para seus advogados.

Com efeito, se é certo, por um lado, que as partes estão livres para valorar, segundo seus próprios parâmetros e convicções, o conteúdo de determinada prova produzida em dado processo, não é menos certo, por outro, que a insistência em demandar ou em exercitar defesa no âmbito de processo aparelhado para a declaração do direito poderá, diante da prova produzida de forma antecipada, acarretar consequências para as partes sob a forma de sanções impostas pela não-observância do dever acima mencionado.¹⁵⁰

Tais consequências, conquanto sejam posteriores, demonstram que a consideração da prova produzida antecipadamente pelas partes é, ainda que mais tarde, objeto de cobrança pelo sistema; o que, aliás, é rigorosamente coerente e, mesmo, indispensável para que a produção preliminar da prova se revele verdadeiramente útil sob o prisma estatal.

Como se procurou demonstrar, a produção antecipada da prova ou sua pré-constituição são desejáveis para o sistema na medida em que permitam aos titulares da relação de direito material avaliar seus ônus, chances e riscos em futuro e eventual processo aparelhado para a declaração do direito. A partir desses elementos, os interessados podem, sem dúvida, fazer a opção de litigar avaliando sua “margem de manobra”;¹⁵¹ o que – presume-se – farão de forma mais responsável e segura. A partir dos mesmos indicadores, os interessados também poderão propender à adoção de soluções de autocomposição (que não exclusivamente a transação, diga-se). Portanto, se a tomada de providências preliminares de instrução é admitida precisamente em função desses escopos, é justo e razoável esperar que as partes avaliem, com objetividade e também com responsabilidade, os elementos de que, então, passaram a dispor.

No ordenamento processual brasileiro, as disposições contidas nos incisos I e III do art. 14 e no inciso II do art. 17 do CPC dão, em tese, respaldo à imposição de sanção àquele que, contrapondo-se à literalidade¹⁵²⁻¹⁵³ de certa prova, venha ser tido como litigante de má-fé.

150. Sobre a imposição do chamado *ônus da sucumbência*, que não se confunde mas que se relaciona com o tema das sanções, v., supra, Capítulo I, n. 13.

151. Expressão empregada por Isabelle Després, *Le mesures d'instruction "in futurum"*, p. 569.

152. Apesar do vocábulo empregado, não se pensa, nessa passagem do texto, apenas em prova documental, embora também nela. A “literalidade” aí deve ser entendida como a adequação da prova à natureza do fato controvertido e, em consequência, a eloquente aptidão da prova à demonstração do fato. Isso parece ocorrer particularmente em se tratando de prova técnica. Para ilustrar, figure-se, por exemplo, a exclusão de paternidade pelo exame hematológico cuja idoneidade téc-

Por outro lado, o sistema também conhece sanção positiva para a parte que, diante da prova pré-constituída – documento desprovido de eficácia executiva –, reconhece a procedência da demanda. Essa, aliás, é a concepção do processo monitorio, bem ilustrada, entre nós, pela regra do § 1º do art. 1.102-C do CPC, que isenta de custas e de honorários advocatícios o réu que der cumprimento ao mandado inicial.¹⁵⁴

De forma análoga, o parágrafo único do art. 652-A do CPC, incluído pela Lei 11.382/2006, estabeleceu que, no âmbito das execuções fundadas em título executivo extrajudicial, o integral pagamento do débito, no prazo de três dias, autoriza a redução “pela metade” da verba honorária inicialmente fixada. Certo que, tratando-se de título executivo, não se pode, tecnicamente, falar de prova. Contudo, o ponto em co-

nica não se ponha em dúvida; ou na constatação, por prova de engenharia, do nexo causal entre a ruína de um edifício e as obras realizadas no prédio contíguo. Nesses e em outros casos que se possa pensar, sempre será possível ao autor demandar ou ao réu resistir à pretensão mesmo contra a “literalidade” da prova. Contudo, essa resistência – tanto mais na medida em que o sistema se disponha a produzir prova de forma antecipada fora das hipóteses de urgência – parece desafiar a necessária resposta que, como visto, deve vir não apenas sob a forma da imposição dos chamados “ônus da sucumbência” (custas e honorários), mas de autênticas sanções.

153. Em complemento à nota anterior, no contexto da antecipação da prova deve ser enfatizada a importância do resultado proporcionado pela *prova pericial*, na medida em que essa – para empregar as palavras de Chiovenda – envolve “aptidões em domínios especiais, tais que não devam estar ao alcance, ou no mesmo grau, de qualquer pessoa culta” (cf. Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, vol. III, p. 121). Daí o peso que o trabalho técnico há de ter na avaliação de chances pelos interessados, cientes que devem estar da elevada probabilidade de que futura e eventual decisão judicial, justamente pelo aspecto salientado, se baseie nas conclusões do perito. Na doutrina, v. Juan Montero Aroca, *La prueba en el proceso civil*, p. 184, e Antônio Dall’Agnol, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, pp. 195-196. Essa circunstância faz da exigência do conhecimento técnico e da imparcialidade do perito dados rigorosamente essenciais para as partes e para o próprio juiz, que há de decidir essencialmente com base nas conclusões do experto, ainda que, em tese, permaneça como o “perito dos peritos” (v., infra, Capítulo V, n. 56).

154. Segundo observou José Rogério Cruz e Tucci: “Apesar de afrontar, em princípio, a isonomia processual, esse benefício em prol do réu é instituído pela lei como evidente estímulo ao cumprimento da obrigação” (cf. *Ação monitoria*, 3ª ed., p. 90). De forma análoga, Antônio Carlos Marcato relacionou a regra à obtenção do escopo social do processo ao observar que: “Essa isenção, de modo algum estranha ao ordenamento jurídico brasileiro, representa, mais que mera vantagem conferida ao réu, um convite à não-oposição de embargos infundados ou protelatórios, afeiçoando-se, assim, ao ideal da busca de solução de conflitos através da atividade direta das partes” (cf. *O processo monitorio brasileiro*, 2ª ed., p. 83).

mun entre título e prova, nesse particular, é a pré-constituição e o efeito que opera em relação à parte, induzindo-a a forma de autocomposição (submissão).¹⁵⁵

Para além desses casos (que, afinal de contas, não são tão poucos, nem pouco relevantes), à míngua da previsão de autêntica sanção, fica realmente mais difícil qualificar o ato de valoração da prova pré-constituída pelas partes como um típico dever – embora, sem dúvida, ele possa ser, pelas razões já expostas, visto como um ônus.

Mas, particularmente quando se pensa não apenas nas partes, mas também nos advogados e no relevante papel que desempenham, não parece despropositado insistir na existência de um autêntico dever de valorar o material probatório preexistente. Isso ocorre particularmente no sistema norte-americano por conta da grande importância que ganharam os diferentes mecanismos de solução alternativa de controvérsias; dentre os quais há aqueles que, embora mediante técnicas diversas, envolvem a valoração da prova mediante a intervenção de um terceiro. É o caso, por exemplo, da avaliação por terceiro imparcial ou do chamado *minitrial*.¹⁵⁶

Nos Estados Unidos, como dá notícia a doutrina, a ampla difusão dos meios alternativos de solução de controvérsias chegou ao ponto de submeter os advogados que desconhecem a possibilidade de empregar os mecanismos de *alternative dispute resolution* no interesse de seus clientes ao risco de medidas disciplinares ou de responsabilidade civil. Lá vigoram regras de conduta profissional que incluem o imperativo de o advogado se informar a respeito das várias técnicas e considerá-las quando do aconselhamento de seus clientes.¹⁵⁷ Portanto, no contexto

155. Operando de forma quiçá inversa, mas a reforçar o raciocínio exposto no texto, anote-se a lembrança de Fernando César Nimer Moreira da Silva, a propósito da regra introduzida pelo art. 1.336 do Código Civil de 2002, que fixou os juros moratórios no valor de até 1% ao mês e multa no valor de até 2% ao mês. A regra – examinada pelo autor no contexto de pesquisa sobre a conciliação em São Paulo – traria “incentivos ao oportunismo do devedor inadimplente, uma vez que este pode calcular os juros de mercado para tomar empréstimo para pagar sua cota condominial, e compará-la com juros de mora previstos em lei”; dado esse relevante na celebração de acordos em uma seara bastante sensível – bastando ver que casos de inadimplência condominial representaram nada menos do que 34% do total de casos analisados pelo autor (cf. “Conciliação e mediação em São Paulo, Brasil: evidências empíricas”, pp. 25-26).

156. Sobre o tema, mais amplamente, v., *infra*, Capítulo V, n. 58.

157. Cf. Irineu Strenger, “*Alternative dispute resolution* (ADR)”, in Adriana Noemi Pucci (coord.), *Aspectos atuais da arbitragem*, p. 138. Além disso, conforme observou Kazuo Watanabe, nota-se uma tendência, principalmente em contratos internacionais, de inclusão “de cláusula de mediação necessária antes de qualquer

mencionado (que não é totalmente estranho à realidade brasileira) afigura-se correto falar em típico dever de valoração da prova para orientação das partes.

No Brasil, o art. 2º da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), ao dar conteúdo à norma inscrita no art. 133 da Constituição Federal, assinala que, no processo judicial, a contribuição desse profissional está na postulação de decisão favorável ao seu constituinte e “ao convencimento do julgador”. Vale dizer: mesmo quando se trata de disciplinar a atuação do advogado, responsável pela defesa dos interesses das partes, paradoxalmente, a ênfase da lei é ainda para a perspectiva da prova sob o ângulo estatal.¹⁵⁸ Isso, aliás, vem, de certa forma, reiterado quando o mesmo diploma qualifica como infração ética do advogado deturpar,¹⁵⁹ dentre outros, o teor de depoimentos e de documentos “para confundir o adversário” ou para “iludir o juiz da causa”. Mais uma vez, não há, no texto legal, ligação entre um dever do advogado e seu próprio cliente, quanto à valoração da prova.

Ainda na lei há, de outro lado, disposições que até poderiam, em alguma medida, ajustar-se ao dever de que aqui se cogita. Por exemplo, o art. 32, *caput*, estabelece ser o advogado responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa e que é o causídico solidariamente responsável com seu cliente em caso de “lide temerária”. Há também diferentes figuras previstas no art. 34, que qualifica como infração disciplinar o ato de “prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio” (inciso IX), ou “incidir em erros reiterados que evidenciem inépcia profissional” (inciso XIV). Mas – há que se convir – são disposições consideravelmente genéricas e que, a rigor, não permitem que delas se possa extrair o dever específico do qual aqui se cogita.

Sem embargo disso tudo, encontra-se no Código de Ética e Disciplina a regra segundo a qual são deveres do advogado, dentre outros,

processo judicial ou de arbitragem” (cf. “Cultura da sentença e cultura da pacificação”, p. 685). Sobre o papel das entidades de advogados no incremento e obtenção de soluções alternativas de controvérsias, v. o relatório feito por Neil Andrews, “The pre-action phase. General report – Common law”, in Ada Pellegrini Grinover e Petrônio Calmon (orgs.), *Direito processual comparado – XIII Congresso Mundial de Direito Processual*, pp. 221-222.

158. Isso não parece mudar substancialmente diante da verificação de que dentre as atividades privativas da Advocacia estão a consultoria, a assessoria e a direção jurídica (art. 1º, II, do Estatuto da Advocacia).

159. Deturpação que, naturalmente, envolve uma forma de valoração – ainda que distorcida e equivocada – da prova.

“estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios” (art. 2º, parágrafo único, VI) e “aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial” (inciso VII). Além disso, no art. 8º está expresso que: “O advogado deve informar o cliente, de forma clara e inequívoca, quanto a eventuais riscos da sua pretensão, e das consequências que poderão advir da demanda”.¹⁶⁰

Assim, ainda que sem a contundência da realidade norte-americana, também entre nós vigora dever ético do advogado que o obriga a, com a possível isenção, valorar – quando menos, considerar – o conteúdo da prova pré-constituída, de sorte a esclarecer a parte quanto aos riscos aos quais estará exposta caso opte pela disputa judicial.¹⁶¹

Não há dúvida de que o advogado, no exercício do mandato que lhe seja outorgado, não se limita a defender interesses da parte, uma vez que defende também seu próprio interesse no recebimento da verba honorária.¹⁶² Mas, excetuadas situações patológicas, que não podem ser tomadas como regra, é também inegável que os interesses do advogado

160. Sobre essa questão no direito italiano, v. Franco Cipriani, “L’avvocato e la verità”, especialmente pp. 823-824, a propósito da idéia – por ele negada – segundo a qual o papel do advogado seria o de “imbrogliare le cose chiare”.

161. O excesso de otimismo e de confiança das partes acerca de suas chances em relação ao desfecho de dada controvérsia é, conforme apontado em doutrina, um dos principais fatores que dificultam soluções de autocomposição (v. também, *infra*, n. 58). Nesse contexto, não há dúvida a propósito da importância do papel do advogado, embora se controverta sobre se a atuação desse profissional seria benéfica, ou não. Mas parece inegável, ao menos em tese, que a intervenção do advogado, “que tem mais experiência que o cliente em avaliar os riscos do litígio e as chances reais de sucesso”, pode contribuir positivamente para adequar as expectativas da parte à realidade (cf. Fernando César Nimer Moreira da Silva, “Conciliação e mediação em São Paulo, Brasil: evidências empíricas”, pp. 21 e ss. – de quem é a expressão transcrita, embora o autor afirme também que as estatísticas acerca do êxito da conciliação pré-processual, em comparação com os números bem inferiores da conciliação processual, levariam a crer que a presença dos advogados dificultaria a celebração de acordos (cf. *ob. cit.*, pp. 11-12). Ainda a respeito do tema, v. Chris Guthrie e outro, “Psychology, economics and settlement: a new look at the role of the lawyer”, *Texas law review* 76-1/77-141. Referindo-se mais amplamente aos operadores do Direito, Kazuo Watanabe afirmou que o grande obstáculo à utilização mais intensa da conciliação e mediação é a “formação acadêmica” dos mesmos, voltada, fundamentalmente, para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses (cf. “Cultura da sentença e cultura da pacificação”, in Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (coords.), *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover* p. 685).

162. Para não falar em aspectos menos imediatos, mas igualmente relevantes, como o nome e a reputação do profissional.

estão usualmente atrelados aos do cliente, uma vez que um dos critérios para contratação da verba honorária é a participação no benefício patrimonial proporcionado. Particularmente em relação à avaliação das chances de êxito a partir da prova pré-constituída, não parece possível – ao menos em princípio – a cisão ou mesmo a colidência das perspectivas da parte e do advogado. O advogado que desconsidera a prova existente está fazendo – quando menos, potencialmente – um juízo prejudicial a seus próprios interesses.

41. conclusão do capítulo

De forma um pouco diversa dos capítulos precedentes, este talvez dispensasse considerações de ordem conclusiva. É que em cada um dos tópicos respectivos já foram registradas conclusões parciais acerca dos assuntos tratados, procurando-se manter a respectiva unidade. De qualquer forma, não será ocioso repassar e reafirmar – até mesmo no contexto das considerações feitas nos capítulos precedentes – as idéias desenvolvidas nesta parte do estudo.

Assim, muito embora a prova, de um modo geral, seja tradicional e preferencialmente vista como um típico ônus (quer sob o ângulo das partes, quer, eventualmente, sob o prisma do julgamento), ou ainda sob a ótica do poder estatal, seu exame sob o enfoque dos deveres processuais dos interessados se mostrou rico e relevante, na medida em que coloca em evidência o componente ético que norteia o exercício da jurisdição por meio do processo e, mais ainda, na medida em que destaca a importante relação que existe – e que precisa ser realçada – entre prova e partes (e não apenas entre prova e juiz).

Certo que esse componente ético, em matéria de prova, já se pode entrever na própria concepção de ônus e na ênfase que deve ser dada ao caráter público do processo e dos objetivos que persegue. Idem quando se pensa na prova resultante da iniciativa oficial. Mas, sem qualquer risco de conceber o processo como um instrumento autoritário, é a partir da visão da prova como verdadeiro dever das partes que o citado aspecto avulta e ganha importância.

Nesse contexto, procurou-se demonstrar o relevante papel que a produção antecipada de prova, mesmo sem a cogitação do perigo, desempenha em relação ao princípio de lealdade e ao chamado dever de veracidade: quanto mais o sistema permite ou se dispõe a antecipar medidas de instrução, maior a quantidade de elementos fornecidos às partes para avaliação de suas chances e riscos no futuro e eventual processo.

E, quanto maior a amplitude da cognição prévia acerca da controvérsia, mais se pode exigir eticamente das partes em juízo, relativamente ao dever de veracidade.

O inverso também parece correto: em uma sistema que reserva a prova para o processo declaratório (e, neste, para um fase de instrução) é mais difícil exigir das partes uma postura séria e responsável em relação à “verdade”. Se a produção antecipada não antecipa o julgamento estatal, permite – e, mais do que isso, impõe – a antecipação do julgamento feito pelas partes acerca das circunstâncias já tantas vezes mencionadas. Embora a “verdade” continue a ser aferida a partir do resultado final do processo – isto é, do julgamento estatal –, dá-se às partes a oportunidade de fazer seu próprio julgamento.

Com isso, ficam reforçadas as considerações feitas nos capítulos precedentes, confirmando-se a necessidade e a conveniência de ruptura da ligação tradicional que se faz entre prova, de um lado, e julgamento estatal, de outro. Essa quebra, para além dos méritos já indicados, reforça a idéia de que compete principalmente às partes empreender a atividade probatória, de tal sorte que a iniciativa estatal tende a ficar naturalmente mais restrita, minimizando-se os encargos que isso traz para o Estado e, em certa medida, reduzindo-se os riscos que podem resultar do exercício do poder de instrução pelo magistrado.

Por outro lado, pelas razões já indicadas, verdadeira colaboração (ou cooperação) podem e devem dar os sujeitos parciais quando lhes for possível, de alguma forma, pré-constituir prova. Para tanto, é preciso que o sistema admita essa possibilidade de forma desvinculada das situações, mais restritas, de urgência. Sem isso, de volta ao início, não parece sequer lícito afirmar um dever – ético ou jurídico – de considerar a prova existente como elemento norteador da conduta a ser seguida em juízo.

Capítulo V – ANTECIPAÇÃO E DIREITO À PROVA

42. conteúdo do (assim denominado) direito à prova: em particular, o direito à respectiva obtenção – 43. direito à prova e investigação – 44. segue: investigação estatal (em particular aquela realizada pelo Ministério Público) – 45. direito à prova e direito de provar: delimitação conceitual – 46. direito à prova: exclusão de hipóteses situadas no direito material – 47. segue: ainda o direito à prova e o direito material (relevância metodológica) – 48. segue: direito à prova e direito processual material – 49. direito à prova: exclusão da produção antecipada com natureza cautelar – 50. direito à prova e certeza – 51. segue: caráter preventivo da declaração do direito, da atuação jurisdicional e da produção autônoma da prova – 52. segue: prova e influência – 53. direito à prova e declaração de mero fato – 54. produção antecipada da prova e escopo jurídico da jurisdição – 55. segue: prova antecipada como instrumento para consecução do escopo social da jurisdição – 56. segue: atividade estatal substitutiva e atividade das partes na pré-constituição da prova – 57. segue: antecipação da prova e valoração pelo órgão estatal – 58. segue: valoração da prova a partir de mecanismos de solução alternativa de controvérsias – 59. segue: intervenção estatal necessária – 60. conclusão do capítulo (e da Parte I).

42. conteúdo do (assim denominado) direito à prova: em particular, o direito à respectiva obtenção

Muito embora a antecipação da prova comporte, como se procurou demonstrar, proveitoso exame à luz das perspectivas do ônus e do dever, bem como do poder do juiz, é sob o prisma do direito das partes que ela apresenta aspectos mais ricos se considerada a hipótese de trabalho inicialmente fixada.

Sobre o assunto, convém fixar que, a esta altura do desenvolvimento científico do direito processual, não paira mais qualquer dúvida quanto à existência do que tradicionalmente se tem denominado de *direito à*