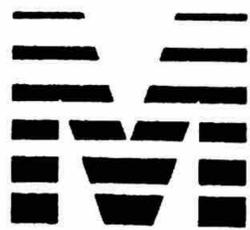


Flávio Luiz Yarshell

***antecipação da prova
sem o requisito
da urgência
e direito autônomo
à prova***



Capítulo I – **PREMISSAS CONCEITUAIS**

1. prova judicial, extrajudicial e pré-constituída – 2. segue: meios e produção de prova – 3. meios de prova e meios de investigação – 4. pré-constituição da prova e elemento subjetivo dos interessados – 5. pré-constituição e produção antecipada da prova.

1. prova judicial, extrajudicial e pré-constituída

O exame do tema eleito, tal como definido de início, exige recurso freqüente a diferentes conceitos colhidos na teoria geral da prova. Certamente, não é, aqui, necessário ou adequado examiná-los com espírito didático, quer porque alguns deles serão enfrentados de forma incidental no decorrer do estudo, quer porque outros se consideram subentendidos e dispensam maiores considerações em trabalho desta natureza.

Contudo, algumas premissas conceituais e terminológicas precisam ficar estabelecidas. Aqui, a preocupação é sobretudo com o emprego coerente dos conceitos, em relação aos quais nem sempre há convergência doutrinária, quer na sua recíproca interação, quer no tocante ao objeto e ao método de investigação adotados neste trabalho.

Dessa forma, antes de sustentar a tese proposta – e novamente sem prejuízo das considerações feitas no desenvolvimento do trabalho –, convém fixar o que aqui se entende por *produção antecipada da prova*. Impende relacionar esse conceito com os de *prova processual e extraprocessual*, *prova pré-constituída*, *investigação* e, embora sem caráter exaustivo, com outras expressões ou conceitos que guardem ou que possam guardar relação com o tema.

Parta-se, assim, da distinção entre *prova judicial e extrajudicial*.

Conquanto admitida em doutrina, dita categorização desafiou crítica fundada na premissa de que o instituto, em seu sentido estrito, só

poderia ter natureza processual e que, portanto, prova só poderia ser aquela produzida em juízo.¹ Ressalva análoga foi também feita à assim denominada prova *ad solemnitatem*, realizada antes do processo, mas que resulta de regras de direito material disciplinadoras da forma dos negócios jurídicos, como respectivo requisito de validade e de eficácia.²

Desde logo, é possível afirmar que o repúdio ao conceito de *prova extrajudicial* reflete, em boa medida, a tradicional e exclusiva vinculação que se faz entre prova – sobretudo quando pensada no sentido de *demonstração*³ – e julgamento estatal. Segundo esse modo de pensar, o juiz é o destinatário da prova; e essa, por seu turno, tem sempre e apenas a função de formar o convencimento *do julgador*.⁴ Sob essa prisma, o tema da prova substancialmente gravita em torno do órgão judicial, com grande ênfase para os poderes de instrução do juiz e para a liberdade desse último no ato de valoração.

Referida vinculação, levada ainda mais adiante, parece ter inspirado a distinção doutrinária entre os conceitos de atividade de mera *conservação* da prova, de um lado, e a de sua efetiva *produção*, de outro. Nessa linha de raciocínio, a produção da prova não estaria sequer presente na chamada instrução preventiva *ad perpetuam rei memoriam*, uma vez que ela – juntamente com a admissão e a valoração – ficaria reservada ao juiz do processo declaratório (“da causa principal” ou da “deman-

1. A respeito, v. Moacyr Amaral Santos, com referências à doutrina que admite a classificação, mas com ressalva: “Em direito judiciário, certamente não se admite a divisão em provas judiciais e extrajudiciais, por isso que todos os fatos, ou meios de prova, só se constituem tais, em uma ação, quando trazidos a juízo. Assim, no sentido estrito, processual, não há provas extrajudiciais”. Não obstante, referido autor admite a prova extrajudicial desde que o instituto seja visto “no seu sentido amplo” (cf. *Prova judiciária no cível e comercial*, vol. I, nn. 39, p. 59, e 42, p. 63). Negando a existência de prova fora do processo, v. Liebman, *Problemi del processo civile*, p. 165.

2. Em doutrina, v. Antônio Carlos de Araújo Cintra, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, p. 15; e, mais recentemente, Marici Giannico, *A prova no Código Civil – Natureza jurídica*, pp. 105-106.

3. Isto é, como um determinado grau de certeza sobre a ocorrência dos fatos ou, ainda, um “conhecimento processualmente verdadeiro” (cf. Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, p. 415).

4. Entre nós, essa visão está bem ilustrada por Moacyr Amaral Santos, ao assinalar que “a prova visa, como fim último, a incutir no espírito do julgador a convicção da existência do fato perturbador do direito a ser restaurado”. Lembrando passagem de Carvalho Santos, ressalta que: “A finalidade da prova não é outra senão convencer o juiz, nesta qualidade, da verdade dos fatos sobre os quais ela versa” (*Prova judiciária no cível e comercial*, vol. I, p. 6 e nota 17, com amplas referências bibliográficas).

da satisfativa”).⁵ É visão, portanto, que vai ao ponto de condicionar o conceito de produção da prova não apenas à realização dessa última em processo, mas no processo em que presente o respectivo destinatário, entendido como o juiz que a valorará (e que, assim, declarará o direito no caso concreto); o que gera tentativas de distinções como aquela entre produção e “formação”⁶ da prova ou, ainda, entre produção e “mera realização física” da prova.⁷

Contudo, a exclusiva e estrita vinculação entre prova e julgamento estatal, conforme se procurará demonstrar ao longo do estudo, afigura-se visão limitada – e, em certa medida, arbitrária⁸ – do fenômeno probatório. Com efeito, ela desconsidera o relevante papel que a prova – entendida como demonstração ou até mesmo como *experimentação*⁹

5. Essa distinção foi exposta por Ovídio Baptista da Silva (cf. *Do processo cautelar*, pp. 362 e ss., com referências à doutrina italiana mais antiga e também recente). Criticando o legislador brasileiro por confundir os conceitos, referido jurista ponderou que: “A distinção entre a verdadeira assegução cautelar de prova a que se procede *ad perpetuam rei memoriam* e a simples aceleração probatória, provocada pela antecipação da produção da prova, não pode ser apagada. Na primeira, não se produz prova ainda; nesta, embora antecipadamente, a prova é produzida perante o juiz da causa” (p. 378). Aderindo a essa posição, v.: Alexandre Câmara, *Lições de direito processual civil*, pp. 159-161; Victor A. A. Bonfim Marins, “Produção antecipada de provas”, in *Jurisprudência Brasileira* 172/71, nota 3; Eduardo Bastos de Barros, “Produção antecipada de prova – Possibilidade de concessão de liminar *inaudita altera pars*”, in *Repertório IOB de jurisprudência: civil, processual, penal e comercial* 18/373, 2001.

6. Assim fizeram Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. Disseram referidos processualistas que na chamada produção antecipada de prova, não obstante o termo empregado, “não se produz a prova. A prova é apenas formada, mas a sua produção, ou seja, o uso da prova, que agora é meio, ocorrerá em processo futuro (...)”. E, refletindo a tradicional vinculação de que se fala no texto acima, disseram: “A produção, em outras palavras, ocorre quando a prova é admitida no processo em que for utilizada. Antes disto, há o momento da formação da prova, que pode ocorrer fora do processo ou em ‘produção antecipada de prova’” (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 5, t. I, pp. 166-167 e 235-236).

7. Cf. Graciela Iurk Marins, *Produção antecipada de prova*, p. 108 – para quem “produção é mais que realização física. Produção da prova significa produção do efeito na relação jurídica processual de influir no julgamento do pedido”.

8. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart admitem que, em relação à prova, o ponto de vista da decisão judicial é escolhido “arbitrariamente”, justificando-se a eleição por ser aquele “o escopo do processo de conhecimento, e o principal aspecto de preocupação do processualista nesse campo” (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 5, t. I, pp. 166-167).

9. Sobre a prova como experimentação, v. Antônio Magalhães Gomes Filho, “Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)”, in

– desempenha relativamente aos sujeitos da relação material, atual ou potencialmente conflituosa; inclusive antes da instauração do processo declaratório do direito.¹⁰

Portanto, este trabalho aceita e parte da premissa de que, embora a prova seja instituto de natureza processual, é perfeitamente possível sua formação fora do processo;¹¹ e – como maior razão – fora do processo “principal”, isto é, do processo cujo objeto é a declaração (ou a atuação prática) do direito.

Muito próximo da distinção acima mencionada – e com grande relevância para este trabalho – está o conceito de *prova pré-constituída*.¹² Diverge a doutrina a respeito: ora se entende tratar-se da prova preparada preventivamente, em vista de possível necessidade em futuro processo;¹³ ora se entende tratar-se da prova formada e existente fora e antes do processo¹⁴ (o que – adiante-se – parece mais exato, se considerado que o processo aí referido é aquele cujo objeto é a declaração do direito); ora se considera a participação das partes como elemento relevante para sua configuração, a ponto de se falar em prova “semi-pré-

Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (coords.), *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, p. 306. V. também considerações feitas a propósito da prova como experimentação e os meios alternativos de solução de controvérsias que se valem de prova pré-constituída.

10. Aqui e em outras passagens do texto, fala-se em “processo declaratório”. A opção terminológica busca evidenciar o confronto entre a *atividade* desenvolvida para a declaração do direito no caso concreto, de um lado, e a *atividade* empreendida somente para a produção de prova, de outro lado. Essa opção não desconhece que a referência a um “processo declaratório” se afigura em alguma medida inadequada diante da consagração no direito positivo brasileiro, pelas disposições da Lei 11.232/2005, de um processo sincrético, que contém apenas *fases* de declaração (ou de cognição) e de atuação prática do direito afirmado. Contudo, embora feita aqui a ressalva, a opção fica mantida, quer pela razão acima indicada, quer porque, afinal de contas, o processo sincrético não deixa também de ser declaratório (em sentido amplo).

11. O tema está melhor desenvolvido no Capítulo V, ao ensejo do exame do direito à prova.

12. Hernando Devis Echandía observou que o confronto entre prova casual e pré-constituída leva em conta dois fundamentos: a finalidade da constituição e o momento da produção. Segundo ele, esse segundo remete a classificação que se assemelha ao confronto entre prova processual e extraprocessual (cf. *Teoría general de la prueba judicial*, 6ª ed., t. I, pp. 535-536).

13. Essa a concepção de João Monteiro, *Teoria do processo civil*, t. I, p. 380.

14. Assim, Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 6ª ed., vol. III, p. 92.

constituída” para referir aquela cuja formação contou com apenas uma das partes envolvidas.¹⁵

A falta de uniformidade na definição do que seja *prova pré-constituída* confirma-se diante da dificuldade de determinar o conceito que lhe faça as vezes de contraposto: ora ele é identificado como sendo o de *prova simples*,¹⁶ ora como o de *prova casual*,¹⁷⁻¹⁸ ora – e mais corretamente – como o de *prova constituenda*;¹⁹ o que, de volta ao início, também gera alguma incerteza quanto à sede da *prova pré-constituída* – isto é, se sempre extrajudicial, ou se eventualmente judicial (e, nesse caso, de forma antecipada, isto é, antes do momento reservado para tanto no processo declaratório).

Sem propriamente pretender escapar dessas e de outras divergências que marcam a teoria da prova, parece possível reconhecer que é dado às pessoas, fora de um processo estatal,²⁰ unilateralmente ou me-

15. Assim, Santiago Sentís Melendo, *La prueba – Los grandes temas del derecho probatorio*, p. 161.

16. Assim, João Monteiro, *Teoria do processo civil*, t. I, p. 380.

17. Assim, Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, vol. I, p. 68 – aderindo, no particular, à nomenclatura proposta por Bentham. Na doutrina espanhola recente, Vicente C. Guzmán Fluja foi expresso ao dizer que a *pré-constituição* da prova ocorre de maneira não casual, mas sim de forma querida por quem a elabora: de tal sorte que ali está presente a consciência de se estar produzindo um elemento com “vocaçãõ de utilidade futura” (cf. *Anticipación y preconstitución de la prueba en proceso penal*, pp. 294-295).

18. Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho qualificou de *provas casuais* aquelas “que se colhem no curso do processo, sem terem sido intencionalmente preparadas para a demonstração dos fatos no mesmo alegados pelos interessados”; em conceito que normalmente corresponde à idéia de *prova emprestada*. Para que não fique dúvida, v. o que segue: “A doutrina e a jurisprudência estão, geralmente, de acordo em que as provas casuais podem ser transportadas, com eficácia, de uma ação para outra, quando ocorram as seguintes condições: a) identidade de partes ou seus sucessores em ambas as ações; b) identidade de fatos nas duas ações; c) observância rigorosa das formalidades legais na produção da prova a ser aproveitada na outra ação” (cf. *Curso de direito processual civil*, vol. II, pp. 258-259).

19. Assim, Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 6ª ed., vol. III, p. 92 – admitindo que a *pré-constituição* ocorra em juízo, ao incluir nessa categoria a *prova emprestada*.

20. Vem bem a calhar a lição de Cândido Rangel Dinamarco ao tratar dos “pontos de estrangulamento” entre direito processual e substancial, dentre os quais inclui o tema da prova. Fazendo os devidos reparos à tradicional forma de abordagem do problema (natureza processual ou substancial das regras que disciplinam a prova), Dinamarco observou que “ela acaba por ficar reduzida de expressão na medida em que se considere ampliado o âmbito da teoria geral do processo: se o processo estatal não-jurisdicional se considera incluído e mesmo o não-estatal praticado pelas

diante atuação conjunta, realizar atividade de verificação, demonstração e registro de fatos; o que se pode – ainda que com alguma generalidade, mas sem transgressão de ordem técnica e com importante proveito metodológico – qualificar de *atividade probatória*.²¹

Tal é o que, como já mencionado, pode resultar indiretamente da adoção de solenidade formal imposta pelo direito material; ou diretamente de uma atividade que busque o mesmo conteúdo que teria a prova produzida perante o órgão judicial. Quanto a isso, saber que valor ou eficácia terão tais elementos – se e quando submetidos a órgão estatal encarregado de declarar o direito em dado caso concreto – é problema diverso e que, em princípio, não afasta a possibilidade descrita.²²

Certamente, a questão ganha complexidade pelas peculiaridades que cada meio de prova apresenta; peculiaridades que interferem com os chamados *momentos* da prova – e, portanto, com o de sua pré-constituição.²³

Dentre os meios de prova, é seguramente a documental a que mais clara relação apresenta com a pré-constituição. Aliás, não raro os dois conceitos são postos como equivalentes.²⁴ Com efeito, nas hipóteses em que a lei material exige a forma escrita – e, eventualmente, o escrito público – como validade de negócios jurídicos, ainda que se faça a necessária distinção entre *forma* dos atos e *prova*, não há como negar que aí existe pré-constituição de prova. Mais que isso, a formação de documentos – que não abrangem apenas os escritos, mas tudo quanto comporte registro em dada base material – pode ser feita de forma

entidades intermediárias, fica necessariamente no âmbito do processo e da sua teoria a prova relativa a todas essas áreas” (cf. *A instrumentalidade do processo*, 13ª ed., p. 218).

21. Aproximadamente nesses termos quanto ao que seja o conteúdo da atividade probatória, mas sem a extensão para fora do processo, aqui preconizada, v. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 6ª ed., vol. III, n. 780, pp. 43-44. Na doutrina italiana a distinção entre a assunção da prova dentro e fora de um procedimento jurisdicional foi bem retratada por Chiara Besso (cf. *La prova prima del processo*, pp. 21-24).

22. Embora pensando na produção antecipada da prova em juízo, Pontes de Miranda enfatizou a (“extrema”) importância de, nesse campo, distinguir os atos de produção, admissibilidade e “atendibilidade” da prova (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. XII, p. 253).

23. Aspecto realçado por Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*, 6ª ed., vol. III, p. 88).

24. Por exemplo, quando se busca definir o que seja *direito líquido e certo*, no âmbito do mandado de segurança; ou *questão de alta indagação*, no processo de inventário.

preventiva²⁵ e, não raro, mediante voluntário recurso à forma pública, possivelmente associada pelo interessado à crença (fundada ou não) de que a participação de um agente público possa revestir o ato de maior certeza, credibilidade e, portanto, eficácia probatória.²⁶

Ainda no campo da produção da prova documental, embora a pré-constituição possa até ser deliberada, é lícito presumir que, na massa das relações pessoais e negociais, isso ocorra como uma espécie de efeito colateral. Ordinariamente, geram-se registros que só se tornam ou se revelam como “documentos” – entendidos como elementos de emprego concreto ou potencial em um dado processo – quando surge alguma controvérsia. Assim, por regra de experiência comum é possível afirmar que todos os dias na vida das pessoas há pré-constituição de prova documental, que pode ser tida como *casual* se vista em relação ao emprego em dado processo e porque não produzida com esse objetivo, mas, sim, informada por razões de outra ordem.²⁷

Nesse particular, o fortemente disseminado emprego dos meios eletrônicos, não apenas para comunicação entre as pessoas, mas igualmente para celebração de negócios,²⁸ parece ter o condão de aumentar a inten-

25. Embora não se reconheça relação necessária entre função preventiva e o conceito de pré-constituição da prova.

26. Quiçá pela idéia de que o agente público, além de ser responsável pela observância de prescrições legais quanto à forma do ato, funcione como uma espécie de terceiro imparcial. Conforme observou Kioitsi Chicuta: “Diante dos olhos da sociedade a sua [*dos notários*] moralidade é a primeira qualidade, e a confiança que inspira, mais que no conhecimento, se baseia em sua proverbial probidade e honradez” (cf. “Os profissionais do Direito e a extinção dos serviços notariais e de registro como serviços públicos delegados. O registro de títulos e documentos e o registro civil das pessoas jurídicas”, in Ricardo Henry Marques Dip (org.), *Registros públicos e segurança jurídica*, p. 68; de forma semelhante, v. Miguel Maria de Serpa Lopes, *Tratado dos registros públicos*, vol. I, p. 19).

27. É pensar, com alguma melancolia, nos álbuns de família, cujas fotografias – salvo, novamente, situação patológica – certamente não são produzidas para emprego em futuro processo judicial, mas que, depois, podem servir a essa finalidade – por exemplo, para prova de alegações feitas em processo de alimentos, ou de separação, ou de investigação de paternidade. O que era uma fotografia, quiçá para recordar momentos felizes, revela-se, depois, um documento...

28. Dados constantes da Internet (www.ebitempresa.com.br, *Web Shoppers*, 17ª ed.) dão conta de que, em números absolutos, o número de pedidos a fornecedores por consumidores, feitos por via eletrônica, teria crescido de 2,6 milhões, no ano de 2001 para 20,4 milhões no ano de 2007. No mesmo período o faturamento envolvido teria passado de 197 milhões para 3,8 bilhões de Reais. Segundo a mesma fonte, o principal segmento de compras por Internet seria o de livros, jornais e revistas (com 17% do total).

cidade dessa atividade de pré-constituição, na medida em que, especialmente quanto à primeira, contatos verbais (telefônicos ou pessoais) vão sendo substituídos pela emissão de *e-mails*.²⁹

Além disso, no caso de prova documental em poder de terceiro não deixa de haver margem para a atuação das partes a dispensar intervenção estatal. Tratando-se de repartições públicas, não obstante a regra do art. 399 do CPC brasileiro estabeleça que o juiz “requisitará” certidões e peças de autos de processos administrativos, a jurisprudência muitas vezes impõe às partes o ônus de fazê-lo diretamente, só se dispondo a intervir diante da recusa manifestada pelo detentor dos referidos elementos.³⁰ Em certa medida, algo análogo pode ser dito em relação à exibição de documentos em poder de terceiros não integrantes da máquina estatal.

No âmbito da prova testemunhal a experiência de outros ordenamentos, que é válida sob o prisma conceitual, mostra existir uma tendência para que referida prova seja mesmo produzida fora do processo judicial, embora posteriormente sujeita ao eventual controle e, naturalmente, à valoração pelo juiz.

Para ilustrar, o sistema inglês conhece a figura do *written statement*, abrangente de declarações escritas do perito³¹ e de testemunhas propriamente ditas, ficando ao juiz a opção de se contentar com as declarações escritas ou chamar a testemunha a depor.³² Além disso, referido sistema

29. Paradoxalmente, ao mesmo tempo em que a formalização da mensagem enviada pela via eletrônica é geradora de segurança para os envolvidos, se e quando necessária a comprovação do conteúdo da comunicação mantida, *segurança* – e não exatamente funcionalidade – é, também, a maior preocupação com qualquer sistema de informática, conforme bem lembrou Petrônio Calmon Filho (cf. “A informatização do processo judicial no Brasil”, in Ada Pellegrini Grinover e Petrônio Calmon (orgs.), *Direito processual comparado – XIII Congresso Mundial de Direito Processual*, p. 860). Sobre isso, um dado sem qualquer conotação científica: na experiência pessoal do autor, os advogados criminalistas – que confirmam a constatação – são os que menos enviam e os que menos dão resposta a correspondência eletrônica (*e-mail*); o que, grosseira e empiricamente, confirma a tese da importância da documentação que ali se contém e o temor de se pré-constituir prova em seu próprio detrimento, sentimentos possível e compreensivelmente mais incorporados à rotina profissional de tais advogados, pelas peculiaridades das situações com as quais se deparam.

30. V. n. 36, *infra*.

31. Que, no sistema de *common law*, acaba assumindo a condição de testemunha.

32. Cf. Chiara Besso, *La prova prima del processo*, pp. 114-115. Nos termos da regra 32.5 das *Civil Procedure Rules*, mesmo quando a testemunha esteja presente no julgamento ela é inquirida apenas pelo advogado do adversário da parte. A *witness statement* submete-se a exigências formais, contém a afirmação de veracidade

admite – em alguns casos, exige – o *affidavit* como forma de declaração prestada perante um *commissioner for oaths*, embora o *written statement* desfrute da explícita predileção, por razões econômicas, isto é, por não apresentar o custo daquele outro mecanismo.³³

No Direito Norte-Americano, já com a edição das *Federal Rules of Civil Procedure*, em 1938, foram previstas as *depositions*, abrangentes das declarações da parte contrária e de terceiros, perante oficial público legalmente autorizado ou pessoa indicada pelo órgão judicial.³⁴ Também naquele ordenamento registram-se os *interrogatories*³⁵ e a *request of admission*, sendo que, nesta última, uma das partes insta o adversário a admitir a verdade de determinados fatos. Mais modernamente, discute-se a admissibilidade e a conveniência de se produzir declarações de testemunhas previamente gravadas em vídeo e assim levadas a julgamento.³⁶

No Direito Francês há o instituto da *enquête* – originalmente tida como o interrogatório de testemunha, perante comissários que colhiam as declarações de forma verbal.³⁷ No Direito Alemão, o § 377 da *ZPO*, com alteração operada em 1990, aceita que o juiz admita declaração feita por escrito (*schriftliche Beantwortung der Beweisfrage*), ficando a seu

do quanto declarado e dá ensejo à configuração de *contempt of court* – para a parte e para o advogado que eventualmente a tenha induzido – quando se apurar que se faltou com a verdade. A respeito, v. também Sergio Chiarloni, “Per la chiarezza di idee in tema di analisi comparata della prova per testimoni”, in *Rivista di diritto processuale* 2/387-392.

33. Cf.: Jack I. H. Jacob, *La giustizia civile in Inghilterra*, pp. 133 e ss. V., ainda, Luigi Paolo Comoglio, *Le prove civili*, pp. 426-427, nota 22; e Chiara Besso, *La prova prima del processo*, pp. 116-117. Sobre o conceito de *affidavit*, v. também Vivian Randegger, verbete no *Novissimo Digesto Italiano*, vol. I, pp. 364-365, e Antonio Lefebvre d’Ovidio, verbete na *Enciclopedia del Diritto*, vol. I, pp. 668-669.

34. Cf. *Rule 28 (a)*, que, além disso, prevê a hipótese de *deposition* em países estrangeiros (b) e o impedimento de certas pessoas para a tomada dos depoimentos (c).

35. Eles podem se referir a quaisquer temas abrangidos pela *Rule 26 (b)* das *Federal Rules*, e o órgão judicial pode determinar que o interrogatório não precisa ser respondido até que a *discovery* esteja completa, ou que seja designada uma *pre-trial conference*.

36. Cf. Janet Walker e Garry D. Watson, “New technologies and the civil litigation process common law – General report”, in Ada Pellegrini Grinover e Petrônio Calmon (orgs.), *Direito processual comparado – XIII Congresso Mundial de Direito Processual*, pp. 133-135. De forma semelhante, na mesma obra, v. Ángel Landonini Sosa, “New information technologies in civil procedure – Synthesis report”, p. 189.

37. V. Jean Vincent e Serge Guinchard, *Procedure civile*, pp. 772 e ss., e Andrea Odoardo Comez, “La prova nei lavori preparatori del Codice di Procedura Civile francese del 1806”, pp. 152 e ss.

critério o comparecimento em audiência, levando-se em conta a pessoa da testemunha e o tema da prova.³⁸

Portanto, se entre nós a prova testemunhal é produzida em juízo, nada impede, conceitualmente falando, que a atividade dirigida ao mesmo resultado seja realizada fora dele.³⁹ Mais uma vez, a eficácia probatória e o peso que tal elemento possa ter na formação do convencimento do juiz são dados estranhos à atividade empreendida pelas partes.⁴⁰

No campo da prova pericial, novamente para ilustrar, lembre-se a regra contida no art. 427 do nosso CPC, que expressamente alude a pareceres técnicos cuja confecção (e, portanto, efetiva produção) as partes podem providenciar de sorte a eventualmente até dispensar a realização da prova pericial, isto é, sua produção dentro do processo judicial. A propósito, saber se a regra é efetivamente aplicada, embora seja relevante, é problema que não afasta o aspecto conceitual exposto.

Todos esses exemplos mostram, enfim, que existe relevante atividade probatória fora do processo cujo objeto é a declaração do direito. Em todos esses casos pode-se falar em pré-constituição da prova, que, conforme se viu e se aceitou, contrapõe-se ao conceito de prova *constituenda*.

2. segue: meios e produção de prova

Nos casos mencionados no tópico precedente, embora com algumas variações, parece lícito detectar autêntica *produção* da prova, ainda que não propriamente em processo judicial.

38. Na Itália, ao que dá conta Chiara Besso, a prática é, contudo, alvo de importantes restrições (cf. *La prova prima del processo*, pp. 191 e ss.).

39. A possibilidade de pré-constituição já era explicitamente admitida por Moacyr Amaral Santos (cf. *Prova judiciária no cível e comercial*, vol. I, p. 67).

40. O tema, sob ângulo um pouco diverso, foi bem examinado por Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, que concluiu: “O Ministério Público e os advogados podem colher declarações de possíveis testemunhas, enquanto exercerem seu direito à prova, em sua subespécie direito à investigação, com o objetivo de obter informações e fontes de prova para que, posteriormente, por meio de prova próprio – o testemunho –, sejam introduzidas no processo, respeitando o contraditório, a imediação e a oralidade”. Referido processualista nega que tais declarações possam ter eficácia de prova documental ou mesmo de “prova testemunhal atípica”, não se prestando a formar o convencimento do juiz (cf. “Provas atípicas e provas anômalas: inadmissibilidade de substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha”, in Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (coords.), *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, p. 351). De qualquer forma, as observações bem mostram a função desempenhada pela prova em relação às partes, e não apenas em relação ao juiz.

Os exemplos da prova testemunhal – cuja produção extrajudicial, como dito, é uma tendência em muitos países – e da prova técnica são disso uma demonstração eloqüente. Neles e nos demais exemplos que foram mencionados, a atividade realizada é essencialmente aquela que seria consumada se de prova em processo judicial se tratasse. Naquelas hipóteses a produção é mesmo fora do processo; e, quando o elemento de prova ou o dado probatório for posteriormente levado ao processo (cujo objeto é a declaração do direito), ele não será mais que objeto de mera valoração pelo órgão judicial. Quando muito, o órgão judicial poderá reputar inadmissível a prova produzida fora do processo; mas, mesmo nesse caso, tratar-se-á de forma de valoração, conquanto negativa e *a priori*. Assim, não obstante a tradicional vinculação entre *produção* da prova e processo judicial, não há como refutar que haja, em todas aquelas hipóteses, autêntica produção de prova fora do referido âmbito.

Tal constatação exige seja feita mais uma ressalva de ordem terminológica, relevante no contexto deste trabalho, e que é feita para que se dê à expressão “meios de prova” uma dimensão diversa daquela que tradicionalmente lhe é atribuída e que tem se inspirado, mais uma vez, na ligação exclusiva que se faz entre prova e formação do convencimento do juiz.

Com efeito, na ótica tradicional, *meios de prova* são concebidos como instrumentos ou atividades pelos quais os elementos de prova (ou “dados probatórios”) são introduzidos e fixados *no processo*, ou, ainda, como os “canais de informação” de que se serve *o juiz*. Daí a vinculação entre *meios de prova* e *produção* da prova no processo;⁴¹ vinculação que – forçoso reconhecer – invoca fundamentos relevantes, que passam pela etimologia da palavra e também pelo direito positivo.⁴²

41. Sobre o conceito de *meios de prova*, v. Antônio Magalhães Gomes Filho, “Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)”, in Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (coords.), *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, pp. 308-309. Reforçando o que está no texto, quanto à posição tradicionalmente aceita, disse Magalhães que: “Os meios de prova referem-se a uma atividade endoprocessual que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e participação das partes, visando à introdução e à fixação de dados probatórios no processo”.

42. Cândido Rangel Dinamarco lembrou que “a doutrina costuma dar às atividades de realização da prova o nome de *produção*”. Contudo – prosseguiu –, *produção da prova* em direito processual não poderia ser confundida com “as atividades destinadas à sua *criação*”, termo empregado no “linguajar comum”. Invocando o direito positivo, Dinamarco observou ser mais adequado designar como *produção da prova* o conjunto das medidas referentes ao *iter* probatório, abrangentes da propositura, admissão e realização da prova (cf. *Instituições de direito processual civil*,

Contudo, sem embargo disso, mas visto o fenômeno sob o ângulo extrajudicial e, nesse, sob o prisma dos interessados, então, os conceitos em tela podem e devem ser também tidos como abrangentes de atividades pelas quais elementos de prova são proporcionados e submetidos aos interessados, ainda que não exatamente produzidos e submetidos no processo (ou, pelo menos, não no processo cujo objeto é a declaração do direito). Em suma – e para empregar a mesma expressão utilizada tradicionalmente –, *meios de prova* podem e devem também ser entendidos como “canais de informação” de que se servem os interessados, quando a produção da prova se dá ou fora do processo ou, ao menos, fora do processo cujo objeto é a declaração do direito.

A proposta terminológica aqui formulada, de outra parte, harmoniza-se com a distinção tradicionalmente feita entre *elemento* de prova e *resultado* da prova. O primeiro – expresso pela terminologia inglesa *evidence* – designa elementos objetivos que confirmam ou que negam a afirmação de determinado fato; o segundo – que pode ser traduzido na palavra *proof* – indica a conclusão que se extrai dos diversos elementos de prova a partir de uma operação intelectual, isto é, a crença que se passa a ter acerca de uma determinada realidade.⁴³

O reconhecimento de que meios e produção de prova estão também fora do processo mostra que, da mesma forma, os elementos de prova estão submetidos aos interessados desde logo, como dados objetivos a interferir na formação de seu convencimento. Mais que isso, na perspectiva aqui proposta, o resultado da prova deve ser entendido não apenas como a conclusão (elemento subjetivo) a que chega o juiz, mas também como a crença que a respeito passam a nutrir os interessados.

Coerentemente com tais observações, ratifica-se que aqui não se acolhe a distinção conceitual – para a qual já se acenou – entre *conserva-*

6ª ed., vol. III, p. 88). Ao tratar dos momentos da prova, Dinamarco empregou a terminologia “realização da prova” para designar as “*medidas consistentes em extrair das fontes os elementos de convicção procurados*” (cf. ob. cit., p. 90), reconhecendo que: “Esses conceitos são emitidos pela doutrina ao tratar da rubrica *produção da prova* mas referem-se de modo específico aos modos como a demonstração dos fatos é feita, ou seja, à *realização da prova*” (cf. ob. cit., p. 90, nota 4).

43. Cf. Antônio Magalhães Gomes Filho, “Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)”, in Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (coords.), *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, pp. 308-309. Raciocínio semelhante fora antes exposto por Moacyr Amaral Santos quando aborda as diferentes acepções sobre o significado da palavra “prova” (cf. *Da prova judiciária no cível e comercial*, vol. I, pp. 1-2). V., ainda, Richard Eggleston, *Prova, conclusione probatoria e probabilità*, p. 192.

ção e produção da prova. Na produção antecipada da prova, seja ou não cautelar, seu deferimento já autoriza a respectiva “execução”.⁴⁴ Não há como confundir e – menos ainda – vincular os conceitos de *produção* e *valoração* da prova, de tal sorte que daquela só se pudesse cogitar quando realizada perante quem estivesse encarregado da outra.

Da mesma forma, não há como confundir os conceitos de *fontes* e de *meios* de prova.⁴⁵ A propósito, não se nega seja até possível situação na qual apenas se busque conservar algum elemento físico a partir do qual se possa extrair informação capaz de comprovar a veracidade de uma alegação (fonte de prova⁴⁶). É pensar em documentos que sejam apreendidos, para que não sejam destruídos pela parte, e que somente venham a ser produzidos em momento posterior, quando sejam juntados a determinados autos e tenham seu conteúdo revelado; ou, na mesma situação, para que os documentos sejam preservados até que sejam objeto de prova pericial, por exemplo. É pensar, ainda, na preservação da integridade física de uma testemunha, até que venha a prestar sua declarações.

Contudo, tais situações – nas quais realmente parece possível a distinção entre *conservar* e *produzir* – não são suficientes para afastar a

44. O aspecto foi bem apanhado por Ernane Fidélis dos Santos no contexto da possibilidade, ou não, de oferecimento de resposta pelo réu: “A produção antecipada de provas, entre as medidas cautelares, tem conotação especial, pois o deferimento da inicial já autoriza a respectiva execução” (cf. *Manual de direito processual civil*, vol. II, p. 364). A expressão “execução” foi também empregada por Moacyr Amaral Santos como sinônimo de produção da prova. Invocando doutrina alemã e italiana, afirmou o processualista que essa execução consiste em “fazer com que o meio de prova produza os seus efeitos”. Segundo ele, trata-se “precisamente do momento em que a prova se converte em instrumento de percepção dos fatos” (cf. *Prova judiciária no cível e comercial*, vol. I, p. 287). Como está exposto no texto, é preciso considerar que a prova atua também como “instrumento de percepção” não apenas em relação ao juiz, mas também em relação às partes.

45. Para distinção e correlação entre esses conceitos, v., por todos, Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 6ª ed., vol. III, pp. 47 e 86 e ss. Conforme ensinou o Mestre: “A realização da prova consiste nas medidas consistentes em extrair das fontes os elementos de convicção procurados” (p. 90). A bem da verdade, a valoração da prova não faz “parte de procedimento algum”, mas sim integra o raciocínio que, “quando já realizada a prova, o juiz desenvolve sobre a causa e os elementos do processo, (...)” (idem).

46. Mais uma vez, v. Dinamarco: “São fontes de prova admitidas no processo civil brasileiro todos os seres materiais ou imateriais capazes de gerar informações, sem nenhuma exclusão em tese” (cf. *Instituições de direito processual civil*, 6ª ed., vol. III, p. 87).

idéia de que conservação e a produção da prova são fenômenos perfeitamente passíveis de convivência.⁴⁷

3. meios de prova e meios de investigação

Outra distinção terminológica relevante no contexto deste trabalho, e que precisa ser feita em complemento às considerações precedentes, é a supra-enunciada. Ela se impõe também porque, como se verá mais adiante, aquilo que aqui se convencionou chamar de *direito à prova* guarda relação relevante com o que se possa denominar de *direito à investigação*.⁴⁸

Colhe-se na doutrina processual penal, notadamente no âmbito do Direito Italiano, distinção entre os conceitos acima mencionados: enquanto os *meios de prova* diriam respeito a uma atividade interna ao processo, perante o juiz e com a participação das partes, os *meios de pesquisa* ou *meios de investigação* teriam sede extrajudicial e o escopo de obter provas materiais, realizáveis “de surpresa”. Enquanto aqueles seriam aptos a fornecer ao juiz resultados probatórios utilizáveis na decisão, os outros não seriam exatamente fontes de conhecimento, mas se prestariam à aquisição de elementos dirigidos à autoridade policial.⁴⁹

Sem prejuízo de outras considerações que devam ser feitas a propósito do confronto entre *investigar* e *provar*, e sem embargo da utilidade metodológica que a distinção acima apresenta para o processo civil e, em particular, para o presente estudo, essa última precisa ser vista com alguma ressalva, que, de resto, apenas reafirma o que foi dito acerca dos meios de prova.

Primeiro, não obstante este estudo aceite e até mesmo se funde em conceitos de teoria geral do processo (e, portanto, de teoria geral

47. A propósito da asseguuração cautelar da prova – disse Ovídio Baptista da Silva –, buscar-se-ia “tão-somente documentar algum fato cujo desaparecimento seja provável, a fim de poder-se depois utilizá-lo como prova” (cf. *Do processo cautelar*, p. 362). Mas no contexto do presente trabalho essa “documentação” já é, por si só, atividade passível de enquadramento no conceito de *prova*.

48. V., *infra*, Capítulo V, especialmente n. 43.

49. Para a distinção mencionada, v. Paolo Tonini, *A prova no processo penal italiano*, pp. 242-244, e Luigi Paolo Comoglio, “Lessico delle prove e modello accusatorio”, *Rivista di diritto processuale* 4, especialmente pp. 1.211-1.215. Sobre a distinção entre *atos de investigação* e *atos de prova* no processo penal espanhol, v. Juan Burgos Ladrón de Guevara, *El valor probatorio de las diligencias sumariales en el proceso penal español*, pp. 71 e ss.

da prova),⁵⁰ e sem embargo do reconhecimento de que a distinção entre ilícito civil e penal é relativa, é de se duvidar, por outro lado, que a atividade de investigação no campo penal encontre exata correspondência no campo civil. Ainda que se possa aceitar que o objeto da investigação possa eventualmente revelar alguma sobreposição entre os dois planos do direito material,⁵¹ parece lícito reconhecer que as técnicas empregadas são diversas e que, como consequência disso, os agentes responsáveis pela respectiva implementação também são diversos;⁵² aspecto, aliás, que foi apontado ao se proceder à distinção supra.

Por outras palavras – e novamente sem embargo dos relevantes aspectos comuns –, não parece possível tratar igualmente, sem qualquer ressalva, as técnicas – e respectivos resultados – empregadas para o combate ao crime, de um lado, e para apuração de fatos com relevância na esfera civil, de outro. Exemplo bastante significativo disso é a aceitação da *surpresa* na investigação criminal, que não parece ser aceitável com tanta complacência na esfera civil.

Segundo, não parece exato afirmar que os meios de investigação, ao contrário do que ocorreria com os meios de prova, não seriam fontes

50. Inclusive a própria idéia de investigação (v., infra, Capítulo V, n. 43).

51. A possibilidade de sobreposição reside na circunstância de que, ao se promover a investigação civil, podem ser apurados fatos configuradores de crime. Isso está bem retratado na seguinte decisão do STF: “A decisão que reputa válido o recebimento de denúncia lastreada em notícia crime extraída de inquérito civil público não viola o texto constitucional. Com base nesse entendimento e tendo em conta a desnecessidade de prévia instauração de inquérito policial para o oferecimento da inicial acusatória, a Turma negou provimento a recurso extraordinário em que se sustentava ofensa aos arts. 129, I, III, VI, VII e VIII, e 144, § 4º, ambos da CF. (...). Inicialmente, ressaltou-se que as peças de investigação trazidas ao conhecimento do Parquet teriam sido autuadas no âmbito de suas atribuições constitucionais (CF, art. 129, III) e que o representante daquele Órgão, ao concluir as investigações na esfera cível e constatar a possibilidade de a conduta também configurar crime, remetera cópia do procedimento ao Procurador-Geral de Justiça, haja vista a presença de suposto acusado com prerrogativa de foro. Asseverou-se que, se o fato disser respeito a interesse difuso ou coletivo, o Ministério Público pode instaurar procedimento administrativo, com base no aludido art. 129, III, da CF” (cf. RE 464.893, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 20.5.2008). De forma análoga, v. o quanto decidido no HC 84.367, rel. Min. Carlos Britto, j. 9.11.2004, DJU 18.2.2005.

52. A distinção apontada no texto, dentre outras, é adotada, embora em contexto diverso, como premissa por Ada Pellegrini Grinover, ao tecer considerações acerca da viabilidade jurídica e da conveniência (ou não) da investigação em matéria criminal por parte do Ministério Público, na realidade brasileira (cf. “Investigações pelo Ministério Público”, *Boletim IBCCRIM* 145/4-5, Ano 12, dezembro/2004). V. também considerações feita mais adiante, no Capítulo V, n. 44.

de conhecimento. Os exemplos que podem ser extraídos de determinado ordenamento jurídico, ou mesmo que sejam indicados pela doutrina, consistentes em inspeções e interceptações telefônicas, bem demonstram que, nesses casos, da atividade empreendida resultam autênticos *elementos de prova* que, se não se dirigem exatamente à formação do convencimento do juiz a cargo da declaração do direito, dirigem-se aos interessados, para formação de sua convicção acerca das chances que nutrem a respeito de futuro e até eventual processo; o que vale tanto para aquele que tomou a iniciativa de investigar como para aquele cuja conduta seja objeto da investigação.

A respeito das interceptações telefônicas, em particular, e mesmo à míngua de dados estatísticos que respaldem a assertiva (que apresenta algum aspecto de notoriedade), a realidade brasileira mostra que o respectivo resultado é absolutamente decisivo; não apenas para que, a partir delas e só então, sejam postos em prática meios de prova. O resultado da interceptação não funciona apenas como pesquisa para chegar à prova. Seu resultado, para além de informar o órgão acusador, é dado a ser considerado pelo atual ou potencial acusado e, não raro de forma desvirtuada, é fundamento para julgamento pela opinião pública.

Embora esse último dado seja sociológico, ele não é juridicamente irrelevante. Considerando que o juiz inegavelmente está exposto a pressões do meio social no qual está inserido, a formação da opinião pública num ou noutro sentido pode, ainda que indireta e não assumidamente, atuar como forma de pressão para que o juiz decida em sentido convergente com a opinião que se formou. Não raro, veículos de comunicação escandalizam-se com o resultado de decisões judiciais que – ao seu ver, de forma surpreendente – divergem do que ao veículo e à opinião pública (com toda incerteza que paira sobre esse último conceito) pareceu certo e justo. Portanto, se o aspecto destacado é também sociológico, não deixa de ter relevante repercussão jurídica.

Na linha de considerações feitas anteriormente, a distinção entre *meios de prova* e *meios de investigação*, embora conceitualmente justificada, parece não se despregar adequadamente da premissa de que a prova, em última análise, seria elemento dirigido apenas à formação do convencimento do juiz; o que, como dito, revela, quando menos, uma visão apenas parcial do fenômeno.

Isso fica mais claro quando se percebe que em relação aos meios de investigação são toleradas a surpresa e a não-observância do contraditório. Sobre isso, é preciso considerar que a surpresa é, por assim dizer, antecedente à prática do ato, justamente para lhe dar conteúdo relevante

e eficaz. Trata-se de elemento tendente a impedir que a pessoa cuja conduta é investigada reaja e, assim, torne inócuos os meios empregados. Contudo, a surpresa não afasta – pelo contrário, impõe com maior rigor – a necessidade do registro formal dos resultados da investigação,⁵³ independentemente de quem possa favorecer.⁵⁴ Portanto, negar que o resultado da investigação, que necessariamente deve ser objeto de formalização, represente fonte de conhecimento é, em alguma medida, negar a natureza das coisas.

A propósito, não há dúvida de que elementos colhidos no contexto da investigação (tanto mais no contexto da surpresa) não podem servir, por si sós, de fundamento para qualquer decisão judicial. Mas esse raciocínio – que é correto – só evidencia a ligação estrita (que aqui se quer combater) que é tradicionalmente feita entre prova e julgamento (pelo juiz): o que não é, ou não pode ser, diretamente considerado pelo juiz a cargo da declaração do direito não poderia ser considerado estritamente como prova.

Além disso, também na linha de considerações já feitas, é realmente possível que as medidas de investigação se destinem à obtenção e à preservação das fontes materiais da prova.⁵⁵ Mas, se for assim, o que foi dito acima precisa ser ratificado: nem sempre é possível fazer a estrita distinção entre *conservação* e *produção* da prova. Exceto nas hipóteses nas quais estritamente se preserva a fonte física da prova (para que não se perca), nos demais casos, “conservar a prova” é também produzi-la; se não pensando diretamente na formação do juiz que aplicará o direito no caso concreto, pensando, ao menos, nos interessados como destinatários de tais elementos.

53. Não há razão para não aplicar, aí, a idéia exposta – embora em contexto diverso – por Cândido Dinamarco: “A segurança das partes e do juízo quanto aos resultados de todas as espécies de prova exige que elas sejam documentadas de modo idôneo, sem o quê provavelmente sua memória futura ficaria prejudicada” (cf. *Instituições de direito processual civil*, 6ª ed., vol. III, p. 94).

54. Expressivamente de acordo, ao tratar do inquérito civil público, v. Hugo Nigro Mazzilli, *O inquérito civil*, p. 197.

55. Aspecto realçado por Antônio Magalhães Gomes Filho, “Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)”, in Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (coords.), *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, p. 310. Da mesma forma, na doutrina processual penal espanhola recente, Vicente C. Guzmán Fluja afirmou que a busca das fontes de prova – que ele chama de investigação – não é exatamente uma atividade probatória (cf. *Anticipación y preconstitución da la prueba en proceso penal*, pp. 157-158).

4. *pré-constituição da prova e elemento subjetivo dos interessados*

Conforme indicado em tópico precedente, é possível que a pré-constituição da prova pelas partes (fruto de atividade conjunta, ou não) ocorra de forma casual.

Em doutrina, relativamente ao tema, colhe-se tentativa de proceder a distinção que considere a diversidade conceitual entre *fontes* e *meios* de prova.⁵⁶ A separação dos fenômenos, para além do rigor terminológico e conceitual, tem relevância para os fins deste trabalho, na medida em que este estudo, dentre outros, dá grande ênfase ao papel que a prova desempenha na formação do convencimento dos interessados acerca de suas chances em processo (declaratório) futuro; papel que, ao menos em princípio, é desempenhado pelos *meios*, e não exatamente pelas *fontes*, entendendo-se que aqueles é que permitem, mediante técnicas de atuação sobre as outras, extrair algum conhecimento dos fatos.⁵⁷

Nessa linha de raciocínio, embora pareça sempre possível (salvo limites naturais) a pré-constituição da prova, se entendida como atuação antecipada dos meios sobre as fontes,⁵⁸ o mesmo não pode ser dito com relação à pré-constituição destas últimas. A tentativa de gerar fontes de prova pode, inclusive, levar aos domínios da ilegalidade.⁵⁹ É pensar, por exemplo, no ato de “industrializar” pessoas para que funcionem como testemunhas ou, na direção inversa, na pessoa que, afirmando-se conhecedora de tais ou quais fatos, atua de forma a constranger outrem, eventualmente prejudicado por declarações que poderiam ser prestadas, mediante a ameaça de funcionar como testemunha.⁶⁰

Por outro lado, a existência – ou a ciência dos interessados a respeito – de pessoas ou de coisas potencialmente geradoras de informações

56. Para Santiago Sentís Melendo todas as provas, como *fontes*, são pré-constituídas ou, ao menos, preexistentes; e são simples ou a constituir no processo como *meios* (cf. *La prueba – Los grandes temas del derecho probatorio*, p. 165). Para Vicente C. Guzmán Fluja, salvo alguma exceção, as fontes de prova são sempre preexistentes ao processo. A preexistência pode resultar de uma pré-constituição ou ser casual (cf. *Anticipación y preconstitución de la prueba en proceso penal*, p. 296).

57. Sobre a distinção, mais uma vez, remete-se às lições de Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 6ª ed., vol. III – aqui, especialmente às pp. 46-48.

58. Antecipação que considera como referência o processo declaratório e, dentro dele, a fase reservada à instrução.

59. Não que a atuação dos *meios* de prova não possa, também. A propósito, v. considerações acerca do dever de abstenção de pré-constituição de prova ilícita, *infra*, Capítulo IV, n. 38.

60. Apenas como referência, v. o disposto no art. 158 do CP.

capazes de comprovar a veracidade de uma alegação (fontes de prova)⁶¹ não deixa de ser um dado capaz de, desde logo, interferir com a avaliação dos interessados, quer quanto a suas chances, quer, inclusive, quanto ao ônus da prova – entendido no sentido estritamente jurídico e, mais que isso, em seu significado de encargo econômico ou mesmo pessoal.⁶² Nesse ponto, portanto, *meios* e *fontes* conceitualmente parecem se equiparar, passando a se distinguir por uma espécie de grau de intensidade quanto à influência que são aptos gerar.⁶³

Sem embargo de tais considerações, o que conceitualmente parece determinar a pré-constituição da prova é tão-somente o elemento cronológico, isto é, sua formação antes do momento previsto para que isso ocorra no processo estatal instaurado para a declaração do direito. Assim, embora não seja irrelevante, não é decisiva, nesse contexto, a consideração do elemento subjetivo dos interessados, ou seja, sua eventual intenção de pré-constituir prova. A pré-constituição, conforme já acenado, pode, ainda que por vias oblíquas, resultar de exigência do direito substancial ao disciplinar a forma do negócio jurídico; de sorte, inclusive, a tornar irrelevante a vontade das partes. E, nesse particular, não parece lícito confundir a vontade das partes – entendida como elemento que se expressa em determinada declaração e que resulta na prática de determinado jurídico –, de um lado, e a vontade das partes de dar ao negócio uma determinada forma, de outro lado. Talvez até se pudesse dizer que em muitos casos, não fosse a exigência legal quanto à forma, prefeririam as partes (presente – aí, sim – sua vontade) celebrar o negócio de maneira informal.

A esse propósito, não é que a intenção das partes seja completamente desprovida de relevância,⁶⁴ especialmente no tocante à futura valoração da prova e mesmo no julgamento da controvérsia.⁶⁵ A atenção dos

61. V. nota imediatamente precedente.

62. Sabedora das fontes disponíveis, a parte pode avaliar o custo, em sentido amplo, de atuar sobre as mesmas, isto é, de efetivamente empregar meios de prova e, portanto, de produzi-la.

63. Sobre a aptidão da prova produzida de forma antecipada a exercer *influência*, v., infra, Capítulo V, n. 52.

64. Basta ver que, tradicionalmente, a diferença entre *instrumento* e *documento* é usualmente feita com base nesse critério (cf. Moacyr Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, vol. I, p. 76).

65. A propósito da justificação (CPC, arts. 861 e ss.) – medida que, conforme se pretende demonstrar ao final, é um dos meios para exercício do direito à prova (cuja existência se pretende demonstrar) –, Pontes de Miranda afirmou que o sistema jurídico exige que o autor daquela demanda exponha “a sua intenção”, isto é, a intenção

envolvidos com a pré-constituição da prova – sua casualidade ou não – pode ser entendida como elemento relevante para determinação, por exemplo, da boa ou da má-fé com que se houveram na relação de direito material,⁶⁶ ou como elemento relevante para determinar qual a real vontade das partes ou, ainda, como critério relevante para interpretar dado negócio jurídico.

Sob esse prisma, boa-fé – especialmente se vista sob seu ângulo objetivo – e pré-constituição da prova pelas partes podem estar relacionadas. Sendo aquela primeira um princípio geral, aplicável ao direito das obrigações, através do qual se delimita o conteúdo objetivo do negócio jurídico, por ela são estabelecidos efeitos jurídicos ligados à expectativa de produção dos resultados práticos que normalmente adviriam do negócio;⁶⁷ expectativa, essa, em relação à qual a prova pode desempenhar relevante papel. Ademais, a boa-fé objetiva, positivada no art. 422 do nosso CC, tem, ao que se extrai da doutrina, relevante papel nas fases pré e pós-contratual, entendido o princípio como uma exigência de comportamento leal dos contratantes, incompatível com conduta abusiva, tendo por objetivo gerar confiança e equilíbrio das prestações e da distribuição de riscos e encargos;⁶⁸ para o quê, mais uma vez, a pré-constituição da prova pode ser relevante, sob um prisma instrumental.

Nesse cenário, a atenção das partes com a prova e respectiva pré-constituição pode ser associada à busca de segurança, na premissa de que, no estabelecimento ou extinção de vínculos jurídicos, o homem prudente se preocupa com a necessidade de se precaver contra futura contestação de seu direito.⁶⁹

de “justificar” (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. XII, pp. 311-312). E se, na linha de raciocínio do mesmo jurista, justificar é constituir prova, então, fica estabelecido o vínculo entre intenção e pré-constituição da prova (cf. ob. cit., p. 295 – ao dizer expressamente que a justificação “é ação constitutiva da prova”).

66. Apenas a título de ilustração, de experiência pessoal extrai-se situação em que o juiz fundamentou sua conclusão de que uma das partes havia agido dolosamente, dentre outras, na circunstância de que havia se esmerado excessivamente na documentação fotográfica dos fatos. Se o fez – reputou a sentença –, é porque sabia que estava agindo de forma irregular...

67. Cf. Cibele Pinheiro Marçal Cruz e Tucci, “Teoria geral da boa-fé objetiva”, *Revista do advogado* 68/101.

68. Cf. Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil*, vol. II, p. 355. De forma análoga, v. Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil – Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, vol. II, pp. 408-410 e 515-516.

69. Cf. Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, t. I, p. 109. É idéia contestada por Gabba (*Teoria della retroattività delle leggi*, p. 511).

Vista por esse ângulo, a pré-constituição da prova pelos interessados pode e deve ser vista como algo desejável e útil para o sistema. Os cuidados que as partes possam ter com a pré-constituição da prova antes do processo judicial podem, para além de uma função preventiva,⁷⁰ desempenhar, inclusive, uma função pedagógica.⁷¹⁻⁷² Mais ainda: na medida em que essa pré-constituição certamente resulte da devida orientação jurídica de que possam as partes usufruir naquele momento, a providência não deixa de se inserir no contexto de uma efetiva assistência jurídica, sabidamente mais ampla que uma assistência judiciária.

Ressalve-se, desde logo, que dar relevo à prova antes do processo e reconhecer que as partes podem e – como antes indicado – até devem preocupar-se com essa atividade não significa encampar a tese segundo a qual o direito à prova resulte do direito material ou de que ela própria seja um instituto regulado nesse plano do ordenamento.⁷³

70. Interessante constatar, ainda que de forma empírica, que os contratos norte-americanos em geral são marcados por exaustiva e detalhada disciplina da relação e das conseqüências jurídicas das condutas das partes. Embora isso certamente se justifique pelos papéis que precedente judicial e lei desempenham na *common law*, esse detalhamento não deixa de refletir uma busca pela segurança que, afinal de contas, acaba se materializando no instrumento contratual – ele próprio uma forma de pré-constituição de prova.

71. Como salientou Cândido Dinamarco, há uma relação entre *educação* – que pode ser vista como um dos escopos do processo e da jurisdição, na medida em que o exercício desta última seja apto a conscientizar para direitos e obrigações – e *confiança* (cf. *A instrumentalidade do processo*, 13ª ed., pp. 191-192). Sob o prisma contratual, mas de forma análoga, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, tratando da função social do contrato e salientando que ele deve ser entendido como instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade, observaram que ele “interessa a toda a sociedade, na medida em que os *standards* contratuais são paradigmáticos para outras situações assemelhadas. Tudo o que ocorre relativamente a um contrato terá, forçosamente, repercussão em outros casos que digam respeito ao mesmo tipo de contrato” (cf. *Código Civil comentado e legislação extravagante*, p. 477).

72. Para ilustrar, pense-se na produção antecipada da prova pericial de engenharia que preceda obras de construção civil – tão utilizada na experiência francesa (cf. Chiara Besso, *La prova prima del processo*, pp. 85 e ss., especialmente p. 95, com amplas referências bibliográficas) – e seu papel na conscientização acerca de temas ligados à responsabilidade civil.

73. A ressalva é feita desde logo porque – conforme lembrou Marici Giannico, com amplas referências doutrinárias: “A constatação da existência da prova antes do processo ou dos fins não-processuais da prova é um dos aspectos relevantes que leva alguns autores a adotar a teoria materialista” (cf. *A prova no Código Civil – Natureza jurídica*, p. 133, nota 291).

5. *pré-constituição e produção antecipada da prova*

A partir das considerações precedentes procurou-se demonstrar e fixar a premissa de que a atividade probatória não está restrita à atuação estatal. Relevantes providências nessa seara estão (cada vez mais) confiadas à atuação dos sujeitos da relação de direito material, responsáveis em grande medida pela pré-constituição do que se pode qualificar tecnicamente como prova.

Embora boa parte dessa atividade seja, inclusive pelas razões já expostas, realizada sem a intervenção do Judiciário, não há dúvida de que a pré-constituição da prova pode também ser feita no âmbito judicial, por iniciativa dos interessados. Isso se dá sempre que o sistema consente que a prova produzida perante o Poder Judiciário se dê de forma antecipada, tomando-se como marco de referência para o conceito de antecipação o processo cujo objeto é a declaração do direito; ou, até com maior rigor, a fase que nele se contém e que está reservada, com variações impostas pelo direito positivo, para a colheita de prova (fase de instrução).

Portanto, sem embargo da divergência reinante na doutrina, aceite-se, aqui, a idéia de que a pré-constituição da prova não se limita à sua formação pelas partes fora do processo estatal perante o Judiciário. Também merece ser qualificada como *pré-constituída* a prova produzida em juízo, desde que cronologicamente antecedente à fase de instrução do processo declaratório.⁷⁴

Sendo assim, reconhecendo que nem toda prova pré-constituída é fruto de antecipação de prova em processo judicial, neste trabalho aceitar-se-á a idéia de que é pré-constituída toda prova formada fora do processo cujo objeto é a declaração do direito.

Mais que isso: tendo em vista que aqui se pretende demonstrar – e tratar de forma sistemática – a possibilidade e a conveniência de antecipação da prova de forma desvinculada da urgência, a confirmação da hipótese de trabalho, buscando raízes no que se possa denominar de *direito à investigação*, leva à afirmação de um *direito autônomo à prova*. Este último, como se verá, define-se precisamente como direito à pura e simples pré-constituição da prova. Nessa interação de conceitos e de diferentes terminologias, falar-se-á de *direito à prova*, de *pré-constituição*

74. Aparentemente de acordo Rodolfo de Camargo Mancuso, ao observar que no processo da ação popular têm relevância a prova documental, a pericial “e bem assim as pré-constituídas, ditas *ad perpetuam rei memoriam*” (cf. *Ação popular*, p. 239).

da prova e de *antecipação da prova* como expressões que, na verdade, estão ligadas a ponto de serem empregadas como equivalentes.

Convém, no entanto, fazer uma ressalva, para maior coerência terminológica. Apesar da equivalência acima proposta e não obstante se tenha afirmado haver autêntica *produção* de prova fora do processo judicial, a preocupação do trabalho é essencialmente com a prova produzida perante o juiz; afinal, a hipótese de trabalho está diretamente ligada a essa idéia. Portanto, quando doravante se falar de *antecipação da prova* estar-se-á – salvo alguma ressalva que será feita – pensando primordialmente na pré-constituição da prova em processo judicial, embora sem condicionamento ao requisito da urgência e sem vinculação necessária com o processo cujo objeto é a declaração do direito.