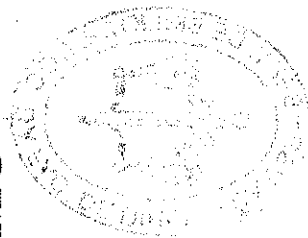


FLÁVIO LUIZ YARSELL

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



DPC/DPM
BIBLIOTECA

Com os comentários da
Editora

**MALHEIROS
EDITORES**

REQUISITO
AUTÔNOMO

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 uma 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 ónus 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 desenvolvimentocientífico do direito processual, não para mais qualquer dúvida quanto à existência do que tradicionalmente se tem denominado de *direito à*

prova,¹ entendido como desdobramento necessário dos direitos de ação e de defesa,² no contexto do devido processo legal e do contraditório.

Certo que tal reconhecimento parece ter surgido com maior naturalidade nos sistemas de *common law* pela circunstância de que ali, como já mencionado, a iniciativa probatória historicamente esteve — e, em boa medida, continua a estar — a cargo das partes; em oposição aos sistemas europeus continentais, nos quais, de um modo geral, ainda tem proeminência o papel do juiz na obtenção do material probatório, com um certo caráter subalterno daquele reservado aos sujeitos parciais.³ Mas nem por isso tal direito pode deixar de ser reconhecido universalmente e em nível de teoria geral do processo, seja diretamente, por eventual disposição expressa, seja reflexivamente, pelo desdobramento acima apontado.⁴

1. Empregando-se, por ora, essa terminologia. Contudo, v., adiante, neste mesmo Capítulo, n. 45.

2. Como ressaltou Cândido Rangel Dinamarco, já em Windscheid — no contexto da polémica que travou com Muther — colhia-se a ideia de que a *actio* não se referia somente ao ato de iniciativa do processo, mas também a todos os atos de impulso (cf. *Fundamentos do processo civil moderno*, 5ª ed., t. I, p. 283. Acolhendo moderadamente essa concepção, v. Elio Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, p. 405).

3. Cf. Antônio Magalhães Gomes Filho, *Direito à prova no processo penal*, pp. 61-63 — que, além do aspecto realçado no texto, ainda atribuiu o reconhecimento “difícil e tortuoso” do direito à prova nos sistemas da Europa Continental a fatores como “o dogma da verdade real, a preocupação com a economia processual e, sobretudo, a concepção peculiar do livre convencimento, visto geralmente como liberdade absoluta na própria condução do procedimento probatório” (p. 63). Sobre o tema, destacando as diferenças entre os dois sistemas e a repercussão sobre a concepção do direito à prova, v. também Gian Antonio Micheli-Michele Taruffo, “A prova”, *RevPro* 16/164-165.

4. Assim na doutrina nacional; exemplificativamente: Ada Pellegrini Grinover, *O processo em evolução*, p. 54; Antônio Magalhães Gomes Filho, *Direito à prova no processo penal*, pp. 83-85; Ada Pellegrini Grinover-Antônio Searance Fernandes-Antônio Magalhães Gomes Filho, *As nulidades no processo penal*, 5ª ed., p. 107; Antônio Carlos de Araújo Cintra, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, p. 11; José Roberto dos Santos Bedaque, “Garantia da amplitude de produção probatória”, in José Rogério Cruz e Tucci (coord.), *Garantias constitucionais do processo civil*, pp. 168-169; Eduardo Cambi, “O direito à prova no processo civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná* 34/150-151.

Na doutrina estrangeira: Michele Taruffo, “Il diritto alla prova nel processo civile”, *Rivista di diritto processuale*, janeiro-março/1984, pp. 75 e ss.; Augusto Mario Morello, *La prueba — Tendencias modernas*, pp. 13-14; Jorge Fábrega P., *Teoría general de la prueba*, pp. 43-44; Comoglio-Ferri-Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, pp. 608-609.

Assim, enquanto a ação — ressalva feita a suas diferentes concepções — pode ser entendida como direito de invocar do Estado um provimento jurisdicional⁵ e a defesa como o direito do demandado de ter levadas em consideração suas alegações, o direito à prova tem sido concebido, de um lado, como o direito de empregar todos os meios disponíveis a fim de se demonstrar a verdade dos fatos em que fundada uma pretensão ou resistência; e, de outro, como o direito de influir sobre a formação do convencimento do juiz a propósito dos fatos, através de todos os meios, diretos e contrários, de que se disponha.⁶

Aliás, a relação que se estabelece entre o assim denominado direito à prova, de um lado, e o direito de ação e de defesa, de outro, sugere um paralelismo de relevante utilidade metodológica, a ser oportunamente empregado em tópicos seguintes.⁷

O que desde logo se pode observar, a respeito, é que a concepção do chamado direito à prova, nesses termos, está essencialmente ligada à formação do convencimento do juiz — e, portanto, ao julgamento estatal. Isso é, em boa medida, coerente com as constatações feitas a propósito do exame da prova como ônus dos interessados, e especialmente sob o ângulo do poder de instrução do juiz. Por outras palavras, na ótica exposta, mesmo quando se pensa na prova como um direito das partes, a figura do juiz permanece ao centro da discussão. Ainda quando se concede a prova como desdobramento necessário da ação e da defesa, acaba falando mais alto a ênfase ao papel que aquela desempenha em relação à decisão imperativa do Estado; e não exatamente a função de esclarecimento das partes, para avaliação de suas chances em juízo, que tanto tem sido enfatizada nos tópicos precedentes.

Mas, considerando-se os termos da hipótese em que fundado este trabalho, tão importante quanto reconhecer a existência do que até aqui

5. Provimento de mérito, na perspectiva “ecletica” de Liebman.

6. São os dois aspectos conceituais que se encontram no pensamento de Michele Taruffo (cf. “Il diritto alla prova nel processo civile”, *Rivista di diritto processuale*, janeiro-março/1984, pp. 75-76 e 106).

7. Aceitando em alguma medida esse paralelismo, Jorge L. Kielmanovich fala de um “direito em abstrato à prova” (que entende ser um “complemento do direito de ação e de defesa”) e de um “concreto direito”, isto é, “um direito subjetivo processual” (cf. *Teoría de la prueba y medios probatorios*, p. 97). De forma análoga, aceitou referido paralelismo Isabelle Després, *Les mesures d'instruction “in futurum”*, p. 129. Na doutrina brasileira, de forma semelhante (embora a propósito do confronto entre cautelares voluntárias e jurisdicionais), v. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Galeno Lacerda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, t. II, pp. 240-241.

se aceitou denominar de *direito à prova* é determinar o respectivo conteúdo. E, em doutrina, embora com algumas variações, entende-se que ele compreende as prerrogativas de buscar a prova e a ela ter acesso; de requerê-la; de tê-la admitida; de participar da respectiva produção; e, finalmente, de obter a correspondente valoração.⁸

A exceção do primeiro desses aspectos, os demais parecem efetivamente se ajustar à conceituação antes exposta e são manifestações da prova essencialmente ligadas à ação, à defesa e ao processo pelos quais diretamente se busca a declaração do direito em dada situação concreta ou, por outras palavras, a superação de uma crise de direito material. Nessa perspectiva, quem alega — como fundamento da demanda ou da defesa — deve necessariamente ter a possibilidade de requerer, de ter admitidas, de produzir e de ver valoradas as provas relativas a tais alegações de fato. Tais aspectos, ademais, parecem mesmo realçar a ligação que tradicionalmente se faz — tanto mais sob a ótica dos sistemas de *civil law* — entre prova e julgamento estatal, conforme antes ressaltado.

Mas, procurando ir além, vê-se que a possibilidade de buscar e de obter a prova — primeiro dos aspectos acima destacados como integrante do até aqui denominado direito à prova — não parece estar necessária e diretamente vinculada ao exercício da ação e da defesa no contexto de um processo instaurado para se declarar o direito no caso concreto. Por outras palavras, se o assim denominado direito à prova, visto como desdobramento da ação e da defesa, pode abranger as prerrogativas de buscar e de obter a prova, essas mesmas prerrogativas não estão necessariamente vinculadas à declaração do direito dirigida a uma dada relação de direito material. Visto sob o prisma da busca e da obtenção das fontes de prova, o assim denominado direito à prova pode ser entendido, em alguma medida, como antecedente do pleito de tal declaração ou, a depender do que resulte dessa busca, até mesmo como excludente do referido pleito.⁹

8. Sobre o conteúdo do direito à prova, na doutrina nacional: Antônio Magalhães Gomes Filho, *Direito à prova no processo penal*, pp. 85 e ss.; Antônio Carlos de Araújo Cintra, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IV, pp. 11-12; José Roberto Bedaque, "Garantia da amplitude de produção probatória", in José Rogério Cruz e Tucci (coord.), *Garantias constitucionais do processo civil*, pp. 169-170. Na doutrina italiana: Giovanni Leone, *Trattato di diritto processuale penale*, vol. II, p. 184; Comoglio-Ferri-Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, pp. 609-610; Luigi Paolo Comoglio, "Preclusioni istruttorie e diritto alla prova", *Rivista di diritto processuale* 4/979; Paulo Tonini, *A prova no processo penal italiano*, pp. 83 e ss.

9. Desde logo remete-se às distinções conceituais feitas no Capítulo I (especialmente n. 3) e também às considerações feitas no tópico imediatamente seguinte.

Então, sob o ângulo da busca da prova, coerentemente com considerações já feitas, o direito em questão envolve uma prerrogativa que bem evidência o caráter instrumental dessa última não apenas em relação ao convencimento do juiz, mas também dos interessados, na medida em que propicia elementos que autorizam o ingresso em juízo ou que podem evitá-lo.¹⁰ Nessa perspectiva, rompe-se a tradicional e limitada ligação que se faz entre prova e julgamento estatal, para se valorizar o relevante nexo que existe entre a obtenção da prova e a avaliação das partes quanto a suas chances em juízo.

Dessa forma, a prerrogativa de busca e de obtenção de certa prova — primeiro dos aspectos que integram o que se convencionou chamar de direito à prova — sugere a existência de um direito de pedir ao Estado que intervenha tão-somente para permitir a pesquisa e o registro de certos fatos. E, se isso é correto, o direito à prova pode ser entendido, então, como direito simplesmente à obtenção de certa providência de instrução, sem a necessária vinculação direta com o direito de ação exercido para se pleitear a declaração do direito (ou com o exercício da defesa no processo instaurado nesses termos) relativamente a uma dada situação substancial. Sob esse prisma, o direito à prova¹¹ ganha, em certo sentido, autonomia.

Convém desde logo adiantar, sem prejuízo de outras considerações a serem feitas, que a desvinculação assim mencionada seguramente não pode e não deve ser vista em termos absolutos: ainda que se possa — como realmente parece possível — conceber um autêntico direito autónomo à prova, e mesmo que se considere que essa última pode e deve, sob certas condições, ser constituída com o escopo de orientar as partes, e não necessariamente servir de fundamento para um julgamento estatal que declare o direito no caso concreto, ainda assim a ligação da prova a uma afirmada situação de direito material — atual ou ao menos potencialmente controvertida — é imprescindível para justificar a intervenção

10. Cf. Antônio Magalhães Gomes Filho, *Direito à prova no processo penal*, p. 86. Esse aspecto já fora destacado por Enrico Redenti, conquanto brevemente. Ele se referiu à *strumentazione preventiva dei propri diritti*, a medida tendente não apenas a remediar situações de urgência, mas também a eliminar ou barrar, mesmo antes do processo, qualquer pretensão injusta, exemplificando com a possibilidade de se mostrar em juízo a prova da renúncia de um crédito, relativamente à pessoa que ameaça ingressar em juízo para cobrá-lo (cf. *Profili pratici del diritto processuale civile*, p. 226).

11. Fica feita a ressalva quanto à terminologia, em função do que será desenvolvido nos tópicos subsequentes, sobre o confronto entre *direito à prova* e *direito de provar*. V., infra, n. 45.

estatal, fazendo-a não apenas útil (porque necessária e adequada), mas razoável e proporcional.¹² Pensar diversamente seria dar margem ao abuso na pré-constituição ou antecipação da prova, divorciando-a das relevantes finalidades já expostas e, pelo contrário, dela fazendo instrumento nocivo ao sistema.

43. *direito à prova e investigação*

A pesquisa de fatos e a pré-constituição da prova correspondem — se não integralmente, em boa medida — à idéia de *investigação*. O assim denominado direito à prova abrange, portanto, o que se possa chamar de um *direito à investigação*.

A esse respeito, preliminar e expressamente, convém ratificar as observações anteriormente feitas a propósito do confronto entre os conceitos de *meios de prova* e *meios de investigação*.¹³ Embora eles possam ser apartados, reafirma-se aqui a idéia de que ambos são aptos a proporcionar autênticos *elementos de prova* que, se não se dirigem exclusiva e diretamente à formação do convencimento do juiz (a cargo da superação da crise de direito material), prestam-se a formar a convicção dos interessados.

Ainda a esse propósito, a esta altura convém reafirmar também que o emprego de medidas de investigação não se destina exclusivamente à obtenção e à preservação das *fontes* materiais da prova. Quando se investiga (ainda que mediante surpresa) e se registra o resultado da investigação, não se está apenas obtendo ou conservando uma fonte de prova.¹⁴ Reitere-se que, salvo em casos nos quais rigorosamente se busca apenas preservar fisicamente a fonte, nos demais, chegar à fonte é também empregar o meio de prova. Por outras palavras, buscar a fonte, no mais das vezes, é também produzir prova, ainda que não se esteja, aí, pensando

12. V., infra, Capítulo VI, nn. 67 a 70, a propósito do exame do interesse de agir para o pleito de prova antecipada fora de situações de urgência.

13. V., supra, Capítulo I, n. 3.

14. Embora seja forçoso reconhecer que, atualmente, nos sistemas de *common law* — conforme observou Mirjan R. Damaska —, a atividade investigativa conduz mais a *informações úteis sobre a aquisição da prova* que propriamente à prova entendida em sentido estrito (cf. *I volti della Giustizia e del Potere: analisi comparativa del processo*, p. 113). Mas essa consideração, conquanto possa ser vista sob o ângulo conceitual, há que considerar também a cultura e a realidade dos países nos quais vigora tal modelo; que, frise-se, não se quer e não se pode simplesmente importar.

diretamente na formação do convencimento do juiz que aplicará o direito no caso concreto, mas sim nos sujeitos parciais.

Em suma, investigar é, no mais das vezes, produzir prova, e, se considerado o processo declaratório do direito, produzir prova de forma antecipada (pré-constituição).¹⁵

Além dessas ressalvas — que, a rigor, já haviam sido feitas, e que aqui foram apenas reiteradas —, convém reconhecer que o emprego da terminologia “investigação” parece estar associado à busca da prova realizada por autoridade, isto é, por pessoa ou órgão investido do poder — que, nesses casos, se apresenta também como um dever — de pesquisar fatos e de promover o respectivo registro, diretamente ou mediante pleito ao Poder Judiciário.

É pensar, como ilustração, nos inquéritos criminal (a cargo da autoridade policial) e civil (presidido pelo Ministério Público), na comissão parlamentar de inquérito (CPI), em sindicâncias — administrativas¹⁶

15. A demonstrar quão difícil é a dissociação dos conceitos de *meios de prova* e *meios de investigação* ou, por outro lado, dos conceitos de *provar* e de *investigar*, v. a definição de Dinamarco: “Meios de prova são técnicas destinadas à investigação de fatos relevantes para a causa” (cf. *Instituições de direito processual civil*, 6ª ed., vol. III, p. 86).

16. Definida em doutrina como “meio sumário de apuração ou elucidação de irregularidades no serviço para subsequente instauração de processo e punição ao infrator” (cf. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 35ª ed., p. 705), a sindicância administrativa tem na Lei 8.112/1990 sua base normativa federal. Em síntese, tem duas finalidades: apuração e imposição de penalidades leves (art. 145, II); e apuração de elementos que servirão a futuro processo administrativo disciplinar, onde são aplicadas penas mais graves (art. 145, III) (cf. Edmir Netto de Araújo, “A sindicância administrativa e a punição disciplinar”, *Revista de informação legislativa* 1/270 — cujas lições, embora anteriores à mencionada lei, coadunam-se perfeitamente com o art. 145 da mesma). Analisando a segunda função sob o enfoque preconizado neste trabalho, parece correto dizer que a sindicância administrativa está para o processo administrativo assim como o exercício do direito à prova (de forma autônoma) está para o processo declaratório: em ambas as situações tem-se a pré-constituição da prova para a instauração responsável da etapa seguinte. De forma muito próxima, sustentando que “o inquérito civil está para a ação civil pública assim como a sindicância está para o processo administrativo”: Adilson Abreu Dallari, “Obrigatoriedade de realização de inquérito civil”, *RTDP* 26/74. E, com menor grau de aproximação, fazendo o mesmo raciocínio, mas com o inquérito policial e a ação penal: Benedita de Fátima Delbono Trivelato, “A sindicância administrativa, o procedimento administrativo disciplinar e seus meios probatórios”, *Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*, 1999, 2/64. Registre-se, ainda, ser assegurado o contraditório ao investigado na sindicância (art. 143), o que já era defendido mesmo sob a égide da revogada Lei 1.711/1952, com a supervenien-

ou patrimoniais¹⁷ – ou, mesmo, em autêntico processo administrativo,¹⁸ como, por exemplo, aquele que se desenrola perante a Secretaria de Direito Econômico para apuração de atos contrários à livre concorrência.¹⁹

cia da Constituição Federal de 1988 (cf. Mauro Roberto Gomes de Mattos, “Direito de defesa em sindicância”, *RDA* 211/182-183).

17. Já a sindicância patrimonial, criada no âmbito federal pelo Decreto 5.483, de 30.6.2005, é instaurada pela autoridade para apuração dos atos de improbidade administrativa a que se refere o art. 9º da Lei 8.429/1992: “Ao tomar conhecimento de fundada notícia ou de indícios de enriquecimento ilícito, inclusive evolução patrimonial incompatível com os recursos e disponibilidades do agente público” (art. 8º do decreto). Trata-se de “procedimento sigiloso e meramente investigatório, não tendo caráter punitivo” (art. 9º do decreto) (v. Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 35ª ed., p. 706). A comunicação à autoridade do ato supostamente improbo pode ser feita por qualquer cidadão, no exercício do direito de petição (cf. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 19ª ed., p. 788; Marcelo Figueiredo, *Probidade administrativa – Comentários à Lei 8.429/1992 e legislação complementar*, 5ª ed., p. 165; Marino Pazzagli Filho, *Lei de Improbidade Administrativa comentada – Aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*, 3ª ed., p. 175; Aluizio Bezerra Filho, *Lei de Improbidade Administrativa aplicada e comentada*, p. 138), dando origem a um procedimento (inquérito) administrativo. Por oportuno, ressalte-se que, em matéria de improbidade administrativa, é concorrente a “atribuição investigatória” do Ministério Público e da Administração (cf. Wallace Paiva Martins Jr., *Probidade administrativa*, 2ª ed., p. 465). Ao primeiro, nos termos do art. 22 da Lei 8.429/1992, cabem as investigações preliminares (cf. Marino Pazzagli Filho, *Lei de Improbidade Administrativa comentada – Aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*, 3ª ed., p. 187), o inquérito civil (não excluído pela lei), o inquérito policial ou processo administrativo (cf. Wallace Paiva Martins Jr., *Probidade administrativa*, 2ª ed., p. 469); à segunda cabe a sindicância patrimonial. Defendendo a necessidade de observância do contraditório nessa sede, inclusive com amparo na Lei 8.112/1990 (que disciplina a sindicância administrativa): Marcelo Figueiredo, *Probidade administrativa – Comentários à Lei 8.429/1992 e legislação complementar*, 5ª ed., p. 172; negando: Wallace Paiva Martins Jr., *Probidade administrativa*, 2ª ed., p. 462.

18. Ainda que ressalvando, aqui, entendimento segundo o qual a sindicância é forma de processo administrativo (v. Mauro Roberto Gomes de Mattos, “Direito de defesa em sindicância”, *RDA* 211/182-183).

19. Sobre a competência investigatória em questão e sua estrita submissão aos cânones do devido processo legal, v., na doutrina: Fábio Ulhoa Coelho, *Direito antitruste brasileiro – Comentários à Lei 8.884/1994*, pp. 37 e 104-105; José Inácio Gonzaga Franceschini, “Roteiro do processo penal-econômico na legislação de concorrência”, *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional* 5-10/44-47; Magali Klajmic, “A apuração das práticas restritivas da concorrência – Averiguações preliminares e processos administrativos”, *Revista do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional* 5-9/27-28; José Júlio Borges da Fonseca, “Análise do regime jurídico do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE”, *RDM* 103/31.

Bem por isso, quando se fala em investigar pensa-se – ainda entre nós – preponderantemente em atividade estatal e apenas secundariamente na atuação privada, sendo esta última, não raro, relacionada à idéia de atividade clandestina, a resultar possivelmente na obtenção da prova por meios ilícitos.²⁰ Por outro lado, e como uma espécie de contrapartida, quando se fala em investigar, ainda que seja pensando na atuação estatal, figura-se, ao menos aparentemente, uma atividade menos invasiva que aquela inerente a algumas providências de instrução.²¹

O tema – convém lembrar, a esta altura – está diretamente ligado às considerações já tecidas a propósito da cogitação de um possível “dever processual geral de informação”, cuja concepção na Alemanha, para ilustrar, se teria dado, na primeira metade do século passado, sob a égide de perspectiva totalitária do Estado. Não é à-toa, portanto, que a idéia de investigar provoque justos e fundados temores quando inserida no contexto democrático do Estado de Direito.²² Paradoxalmente, no entanto, a idéia de investigação acessível ao ente privado encontra desenvolvimento em insuspeitos sistemas liberais, como é o caso da *discovery*

20. A demonstrar o que está dito no texto, lembre-se que os entes legitimados para a propositura da ação civil pública não podem instaurar o inquérito civil (art. 8º, § 1º, da Lei 7.347/1985), mas apenas representar ao Ministério Público, para que ele o faça. Idêntica situação verifica-se na hipótese de representação à autoridade administrativa para instauração de “investigação destinada a apurar a prática de ato de improbidade administrativa” (art. 14, *caput*, da Lei 8.429/1992). Constatção dessa ordem leva à seguinte reflexão: na medida em que o ordenamento nega aos particulares a iniciativa do inquérito civil, a ação probatória autônoma aqui preconizada se afigura inequivocadamente útil para o exercício desse mister. E mais: tal utilidade por ser vislumbrada em relação ao próprio Ministério Público quando as limitações do inquérito civil inviabilizem, por exemplo, a realização de uma prova pericial (cf. Neide Câmara Martins, “Considerações sobre o inquérito civil”, *Revista do Ministério Público* 27/235). Para um exame mais aprofundado do interesse de agir da ação destinada à pré-constituição da prova sem o requisito da urgência, v., *infra*, Capítulo VI, nn. 67-68.

21. Foi o que, embora em contexto diverso, ponderou Hélio Tornaghi ao afirmar que não se pode confundir a busca e apreensão com a “simples investigação”, em função da natureza cautelar daquela (cf. *Instituições de processo penal*, 2ª ed., vol. III, p. 54).

22. V., *supra*, Capítulo IV, n. 31, a propósito da advertência feita na doutrina alemã por Hans Prütting: quem se anima a defender a existência de um dever geral de informação, que – salvo melhor juízo – corresponde precisamente à idéia de investigação de que se fala no texto, precisa atentar para a circunstância de que a tese, em seu nascedouro, teria vindo impregnada com notas antiliberais. Tudo depende, portanto, do peso que se dê ao termo “investigação”.

americana e da *disclosure* inglesa, além da investigação privada prevista no processo penal italiano.

Aliás, a existência de um dever processual geral da parte de prestar informações — à semelhança do que se verifica nos sistemas de *common law* — ainda divide a doutrina alemã da atualidade. De um lado, há quem interprete que, não obstante a aversão que vigora na Alemanha em relação ao mecanismo da *pretrial discovery*, o tema permanece na agenda de reformas do processo civil.²³ De outro, há quem, embora reconhecendo que o Direito Alemão em vigor desconhece providências como a americana e a inglesa, afirma que os efeitos práticos dos mecanismos do ordenamento alemão que permitem a produção e a troca de informação acerca dos fatos (especialmente documentos) durante fases que são preliminares à audiência de instrução são similares aos proporcionados pela *discovery*, embora seus propósitos sejam formalmente diversos.²⁴

Feitas estas ressalvas — e embora a associação negativa e depreciativa antes mencionada seja compreensível —, não se deve conceitualmente repudiar o emprego do termo “investigar” quando se cogita da atuação privada na pesquisa de fatos e na busca da prova. Certo que, nessa última hipótese, o direito de investigar não se apresenta como o cumprimento de um dever funcional. Como já se procurou demonstrar, embora a prerogativa da prova possa estar ligada a verdadeiros deveres (jurídicos e éticos), a investigação²⁵ privada mais e melhor se qualificaria como um ônus, dado que realizada como imperativo do interesse da parte de melhor conhecer os fatos e provas que pode ou que pretende apresentar no processo declaratório.

23. Gottwald, em trabalho publicado em 2004 (“The culture and science of gathering information and proof-taking”, in Peter Gilles e outro (orgs.), *Prozessrecht und Rechtskulturen (Procedural law and legal cultures)*), indicou reiteradas decisões da Suprema Corte Federal, editadas na década de 90 do século passado, orientadas à negativa do referido dever processual e fundadas, por exemplo, na ideia de que não é razoável esperar do oponente que abra dados relativos à estrutura de custos e margem de lucros quando entre as partes há forte concorrência. Na doutrina, Gottwald noticiou que a corrente dominante confirma o entendimento de que ninguém pode ser compelido a ajudar o oponente a ganhar, exceto se houver excepcionais circunstâncias. O mesmo autor, contudo, indica autores que ainda sustentam a existência de um dever geral como aquele supracogitado, e lembrou que ele próprio fez proposta de alteração legislativa para introduzir um dever de tal natureza. (cf. ob. cit., pp. 54-59, com amplas e atualizadas referências bibliográficas).

24. Cf. Murray-Stüner, *German civil justice*, p. 239.

25. Ainda que essa terminologia não tivesse sido antes empregada.

Certo também que a investigação vista sob o ângulo privado não envolve prerrogativas de que somente são investidos agentes públicos, precisamente por integrarem a máquina estatal. Contudo, mesmo aqueles agentes, ainda que investidos do poder de investigar, encontram limites na lei e na Constituição — com destaque para a determinação das esferas de competência ou atribuição, para os princípios da legalidade, publicidade e impessoalidade, além da observância de direitos fundamentais como sigilo, inviolabilidade do domicílio e da correspondência, intimidade e privacidade. Em última análise, os agentes públicos que investigam estão sujeitos a controle administrativo e jurisdicional, sendo que em certas situações este último deve, inclusive, anteceder a prática do ato de instrução (como é o caso da quebra do sigilo bancário ou fiscal,²⁶ para ficar apenas na seara civil).

Portanto, embora empregando a devida cautela, não se deve limitar a ideia de investigação à busca e à pré-constituição da prova por agentes públicos. Pelo contrário, guardadas as diferenças já apontadas — que se justificam pelo exercício do poder estatal —, a investigação deve ser vista genericamente como prerrogativa que, tendo origem no direito à prova,²⁷ ganha autonomia e não se limita à seara dos órgãos públicos. Quando o Estado permite que o interessado pesquise fatos e busque a prova, de sorte a constituí-la antecipadamente, assim procede — afora os casos de urgência, em que se quer apenas a conservação da prova — para que as partes possam avaliar suas chances, de sorte a ingressar em juízo com maior segurança e responsabilidade ou, por outra, simplesmente não ingressar (ou não resistir a dada pretensão). E isso, decididamente, não se opera exclusivamente em favor de quem atue de alguma forma em favor dos interesses imediatos da sociedade, porque as finalidades antes apontadas atendem igualmente aos interesses sociais.

A esse propósito, não será ocioso observar que, sem propriamente menosprezar os riscos gerados por qualquer atividade de investigação (de iniciativa de órgão oficial ou não), boa parte do potencial danoso

26. Corretamente, o STF decidiu que: “A norma inscrita no inciso VIII do art. 129 da CF não autoriza ao Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém. Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a CF consagra, art. 5º, X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa” (RE 215.301, rel. Min. Carlos Velloso, j. 13.4.1999, DJU 28.5.1999).

27. Ressalva feita, novamente, às considerações que seguem, a propósito dos conceitos de *direito à prova* e *direito de provar*.

que pode ser associado a esse tipo de atividade não resulta própria ou exclusivamente dela, mas também do uso que venha a ser feito das informações e dos elementos de prova que resultem dali. Aparentemente, esse é o grande e fundado temor que se tem das atividades probatórias que, sem vinculação ao pressuposto da urgência, precedem o processo declaratório. Não raro os casos de limitação a tal dever geral de informação consideram essa circunstância (por exemplo, no caso de controvérsia entre empresas que concorrem em um mesmo segmento de mercado²⁸). Então, o risco de violação a direitos como privacidade, intimidade e sigilo está talvez menos na própria investigação e mais na indevida ou prematura divulgação de informações e de elementos colhidos nessa atividade;²⁹ divulgação que, inclusive, pode representar afronta à presunção de inocência que resulta do texto constitucional.³⁰

Nem mesmo eventual apelo ao interesse público, em função dos interesses situados no plano material ou das pessoas envolvidas, parece justificar que a investigação, com os contornos antes mencionados,³¹ seja apenas uma prerrogativa estatal. O adequado conhecimento prévio dos fatos e dos correspondentes meios de prová-los em juízo também está relacionado a interesse que não é apenas das partes, na medida em

28. Assim ocorre na experiência alemã, conforme Peter Gottwald, "The culture and science of gathering information and proof-taking", in Peter Gilles e Thomas Pfeiffer (orgs.), *Prozessrecht und Rechtskulturen (procedural law and legal cultures)*, p. 55, especialmente notas 6-7.

29. Sobre o tema, v., ainda, considerações feitas infra, a propósito da antecipação de prova promovida de forma "coletiva", no exercício de legitimação extraordinária (cf. Capítulo VI, n. 74).

30. Aparentemente de acordo com a idéia, ao tratar do mencionado princípio no contexto da divulgação de informações em processo penal ou mesmo em inquérito policial: Alexandre de Moraes, *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, p. 342. De forma mais direta, Aury Lopes Jr. asseverou que a presunção de inocência "exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu"; donde concluir que: "O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência" (cf. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*, vol. I, pp. 191-192). De forma semelhante, Antônio Scarance Fernandes, ao examinar o tema dos poderes de investigação do Ministério Público no âmbito criminal, lembrou que se discute "a conveniência de o Ministério Público atuar em estrita colaboração com a imprensa, fornecendo-lhe material para notícias sobre fatos investigados, principalmente quando envolvam pessoas de notoriedade no país" (cf. "O equilíbrio na investigação criminal", in Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (coords.), *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, p. 320).

31. Isto é, entendida como um dos elementos que integram o conteúdo do chamado *direito à prova*.

que, conforme tantas vezes salientado, é a partir daí que os interessados podem e devem avaliar suas chances de êxito em futuro e eventual processo declaratório. Ao mesmo tempo, quando o Estado propicia tal conchecimento prévio, está ética e juridicamente legitimado a exigir maior rigor no dever de veracidade, de que já se tratou.³²

A concepção do direito à investigação como uma prerrogativa inerente a qualquer cidadão (nunca, contudo, de forma ilimitada) pode ter, inclusive, o mérito de contribuir para o combate a eventuais desvios ou abusos cometidos ao ensejo de investigações estatais, a pretexto do poder que aí se exerce. Com efeito, a pesquisa dos fatos e a busca da prova — não obstante a presunção de legitimidade dos atos administrativos e, de um modo geral, dos atos que emanam do Estado — não devem ser tidas por incensuráveis tão-somente porque provêm de certa autoridade; como, por outro lado, não se pode presumir ilegítima ou viciada a investigação que o ente privado busque realizar só pela circunstância de provir de alguém que não seja autoridade. Uma e outra devem considerar que a busca da prova, por si só, representa uma forma de invasão da esfera individual, e isso deve ser considerado quer se trate de investigação de fatos presidida por autoridade, quer se trate de investigação cuja iniciativa parta de ente privado.³³

Se o ato de investigar acarreta risco de violação a direitos e garantias fundamentais, isso ocorre quer quando a pesquisa dos fatos se dá por iniciativa de autoridade, quer quando ocorre por obra de ente particular; e, em qualquer caso, isso deve ser combatido com igual vigor. Inconstitucionalidades ou ilegalidades de que possam padecer investigações oficiais — mesmo que presididas, por exemplo, pelo Ministério Público — não serão menos relevantes nem menos graves que iguais ou análogas violações perpetradas por iniciativa de ente privado na busca de informações e de provas. Talvez até seja o contrário, porque a investidura do poder — ela, sim — dá margem ao risco totalitário de que se falou acima.

Sobretudo, a disciplina tão uniforme quanto possível da prerrogativa de investigar reside na circunstância de que, em última análise, o

32. V., supra, Capítulo III, especialmente n. 36.

33. Embora em contexto ligeiramente diverso, esse aspecto foi destacado por Hugo Nigro Mazzilli, ao comentar o eventual emprego excessivo — "como se fosse uma panacéia" — do inquérito civil, pelo Ministério Público. Assim — disse —, "na esfera prática, uma investigação descabida não raro provoca danos de difíceis mensuração e reparação para quem é investigado, seja uma pessoa física ou até mesmo uma empresa" (cf. *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas*, 2ª ed., pp. 63-65).

verdadeiro poder de investigar está em mãos do Judiciário. Mesmo nos casos nos quais as providências de instrução preliminar — porque a cargo de autoridade — dispensem prévia autorização judicial, o controle jurisdicional não fica excluído quando se avenge a violação ou ameaça de violação a direito, tendo em vista a natureza do referido controle e a respectiva inafastabilidade, entre nós positivada no inciso XXXV do art. 5^o da Constituição da República. Assim, se o controle posterior ou prévio da investigação³⁴ — seja ela pública ou privada — é feito pelo Judiciário, não será despropositado dizer que esse Poder é, em termos mais exatos, o incumbido, mediata ou imediatamente, de investigar.

Portanto, as limitações que possam e que devam ser feitas ao exercício do poder de investigação devem valer quer se trate de iniciativa de órgão público, quer não.

Ademais, não se pode pensar em investigação — entendida como integrante do conteúdo do assim denominado direito à prova, apta a garantir autonomia em relação ao processo de declaração do direito — de forma completamente desvinculada desse mesmo processo. Não se trata apenas de permitir a investigação, concebida como providência preliminar, desde que ela esteja de alguma forma ligada a uma relação material controvertida. Seja por iniciativa de ente privado, seja por iniciativa de ente público, não se investiga sem o que se poderia chamar de *justa causa*.

Mais que isso: também não se pode pensar na investigação prévia como substancialmente distinta — especialmente quanto aos respectivos limites — da investigação que, afinal de contas, também se realiza no bojo do processo declaratório. Reitere-se o que já foi dito: as limitações que se impõem à atividade de instrução preliminar devem vigorar para a atividade de instrução internalizada no processo declaratório. Valores como intimidade, sigilo, privacidade e outros devem ser considerados quer quando se investiga para conhecer fatos e provas e avaliar a viabilidade do processo declaratório, quer quando se investiga dentro do processo declaratório já aparelhado.

Certo que, até mesmo em termos lógicos, uma coisa é provar fatos já conhecidos, e outra é conhecer os fatos através da produção de provas. Em tese, a primeira tarefa teria lugar no processo declaratório,

34. Caso em que se pode dizer, em termos mais rigorosos, que o poder de investigar é, na verdade, atribuído ao Judiciário, e que os interessados não têm mais que o direito ou o poder de pedir ao Judiciário que promova as medidas de investigação.

e a segunda no momento de investigação preliminar. Mas o problema reside justamente aí: não parece correto afirmar que quem provoca a instauração de processo de conhecimento declaratório já conheça os fatos e que, naquele momento, precise apenas prová-los. O que pode existir nesse momento — exceção feita à prova que, por sua natureza, já seja pré-constituída — é afirmação do autor (e também do réu) de que os fatos se passaram desta ou daquela forma.

Com efeito, o autor da investigação de paternidade — para ilustrar — diz que é filho do réu, e, sob pena de inépcia da petição inicial, nem poderia fazer de forma diversa. Contudo, não se pode dizer que na instrução que será realizada no bojo do processo declaratório não se investigará o fato de ser o autor, ou não, filho do réu. Em ação de indenização, por exemplo, o morador afirma que o vazamento que o aflige provém do prédio vizinho. É de se supor que o demandante assim o faça. Contudo, o fato deverá ser objeto de investigação; e, em termos ontológicos, essa é a atividade que ou se realiza de forma preliminar ou ocorre no contexto do processo declaratório.

Assim, a convicção da parte sobre os fatos não significa dizer que eles precisam ser apenas provados, como se, então, a instrução no processo declaratório fosse apenas ratificar o que afirmou a parte. A instrução que se realiza dentro do processo declaratório, inclusive a depender do meio de prova do qual se cogite, também envolve o que poderia se entender como investigação.³⁵ A comprovar a assertiva basta lembrar que, sob a ótica do órgão judicial, tratar-se-á, em qualquer dos momentos, de investigação.

Por outro lado, não parece exato dizer que quem investiga buscaria apenas descobrir fatos, e não pré-constituir prova. Ainda que a investigação tenha aquela amplitude e ainda que o objetivo de quem investiga seja descobrir, e não propriamente registrar, no contexto do devido processo legal, dos princípios da legalidade, publicidade, impessoalidade e moralidade, não há como investigar sem pré-constituir prova.³⁶ Pensar

35. Nesse particular, a distinção que validamente possa ser feita entre *atos de prova*, praticados no processo declaratório, durante sua fase de instrução, de um lado, e *atos de investigação* que antecedam aquele processo, de outro lado, reside apenas na circunstância de que os segundos, quando não submetidos ao crivo do contraditório, não são aptos a, por si sós, embasar a decisão judicial a ser proferida no processo de declaração do direito. Ou seja, a distinção ficaria por conta da presença, ou não, da “jurisdicionalidade” — de que, a propósito do assunto, falou Ferrajoli (cf. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, p. 188).

36. De acordo, quanto à necessidade de se levar aos autos do inquérito civil “todos os elementos de convicção que lhes cheguem às mãos [do promotor] e que

diversamente seria admitir que o encarregado da investigação pudesse desconsiderar as descobertas ao sabor de sua predileção, descartando as que entendessem inadequadas ou inoportunas.

Em suma, do chamado direito à prova é possível extrair o direito à investigação — que, em boa medida, corresponde ao “dever geral de informação” de que se falou anteriormente. Prerrogativa dessa ordem, embora com diferenças relevantes, pode caber tanto a autoridades quanto à iniciativa de entes desprovidos do poder de investigar, sendo metodologicamente útil buscar-se, tanto quanto possível, uma visão unitária para o exercício da aludida posição jurídica de vantagem.

44. segue: investigação estatal (em particular aquela realizada pelo Ministério Público)

As considerações precedentes podem ser complementadas pelo exame, ainda que parcial e breve, das prerrogativas que a ordem constitucional brasileira outorga ao Ministério Público na esfera civil.³⁷ É exame que se quer fazer sem que se percam vista os aspectos conceituais — e, por isso, universais — que aqui se pretende delimitar.

Com efeito, o poder de investigação é atribuído ao Ministério Público em diferentes passagens da Constituição Federal: cabe àquele promover o inquérito civil público,³⁸ “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los”;³⁹ além de “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial”.⁴⁰ São prerrogativas devem servir para o correto esclarecimento da verdade” (cf. Hugo Nigro Mazzilli, *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas*, p. 199).

37. Conforme salientado anteriormente (Capítulo I, n. 3), embora possam apresentar aspectos comuns, são consideravelmente diversas as investigações no âmbito civil e criminal. Este trabalho se propõe essencialmente ao exame limitado da primeira dessas atividades. O reconhecimento dessa distinção, contudo, não impede reflexões de ordem geral, que procurem identificar aspectos comuns a toda e qualquer forma de investigação que, conforme se procurou demonstrar, são também fontes de conhecimento (Capítulo I, n. 3).

38. CF, art. 129, III.

39. CF, art. 129, VI.

40. Conquanto o inquérito criminal seja presidiado pela autoridade policial, que, em última análise, é a executora de providências de investigação, essas últimas ficam sujeitas não apenas ao crivo judicial, mas do próprio Ministério Público, que pode requerer o que for necessário para complementar a investigação e que pode também controlar eventuais desvios na anuência daquela outra referida autoridade.

consideravelmente abrangentes, não raro aplaudidas e enfatizadas pela doutrina⁴¹ e que, de fato, se justificam, embora com as ressalvas que seguem, diante do relevante papel que a ordem constitucional reservou àquele Instituição.⁴²

A atribuição de tais poderes, no contexto do presente estudo, sugere algumas reflexões.

Com efeito, sem que seja, por ora, necessário proceder a um estudo comparativo propriamente dito, não parece despropositado afirmar que o ordenamento brasileiro, para além de outras medidas que possa prever (e que efetivamente prevê), conhece, ao menos em relação ao Ministério Público, um mecanismo que, quando menos, se aproxima das providências de instrução preliminares disponíveis nos sistemas de *common law*. Sob outro ângulo, mas de forma análoga, a atribuição de tais prerrogativas ao Ministério Público sugere a existência, ao menos em relação a esse órgão, de um “dever geral de informação”, de que se falou em tópicos precedentes; dever que não resulta de regras de direito material e que, nessa medida, pode ser considerado como tipicamente processual.⁴³

41. Assim, v. Antônio Herman Benjamin (“Um novo modelo para o Ministério Público na proteção ao meio ambiente”, in Aírton Buzzo Alves (coord.), *Funções institucionais do Ministério Público*, p. 395), para quem a atuação do Ministério Público sofreria de um “apego exagerado a soluções judiciais”. De forma análoga, Ronaldo Porto Macedo salientou o que, a seu ver, é uma “estrutura de enforcement eficaz e poderosa” e que compreenderia um conjunto de elementos aptos a fazer com que a lei seja “efetivamente aceita pelos seus destinatários” (cf. *Ação civil pública — 15 anos, apud José Carlos Baptista Puoli, Responsabilidade civil do promotor de justiça na tutela aos interesses coletivos*, pp. 184-185). De forma diversa, contudo, José Carlos Baptista Puoli, destacou que “a repulsa ao caminho judicial esconde um lado pernicioso, implicando deturpação das providências extrajudiciais legalmente acometidas ao Ministério Público, podendo levar tais medidas a transformarem-se em fonte de abusos”. Anotou referido autor manifestações doutrinárias sobre um certo “papel preventivo ou intimidativo dos atos extrajudiciais do promotor”, cujos benefícios não se circunscreveriam “à colheita de provas” (cf. ob. cit., p. 184).

42. Conforme lembrança de Hugo Nigro Mazzilli, já antes da Constituição de 1988 e mesmo antes da Lei que disciplina a chamada ação civil pública, dispunha o Ministério Público de “mecanismos investigatórios fora do inquérito civil”, lembrando, a propósito, a Lei Complementar 40/1981, sucedida pela Lei 8.625/1993, além das disposições constantes das Leis 7.853/1989, 8.069/1990, 8.078/1990 e, ainda, da Lei Complementar 75/1993 (cf. *O inquérito civil*, pp. 51-52 e 182).

43. V. supra, Capítulo IV, n. 31 e especialmente Capítulo V, n. 44. A situação descrita encontra, em boa medida, correspondência com as questões discutidas pela doutrina alemã sobre o tema, e em particular a imposição de referido dever a quem não tem o ônus da prova. É, em princípio, o que ocorre em relação ao Ministério Público, que, nos casos nos quais é autorizado a tomar a iniciativa de ir a juízo, é portador do ônus da prova dos fatos constitutivos de sua pretensão.

É certo que o exercício do que se possa qualificar como poderes de investigação do Ministério Público encontra limites que, quando menos, e para argumentar, deveriam guardar coerência com aqueles que vigoram para o órgão julgador, visto que, não sendo possível a este último exercer poder de instrução de forma arbitrária, seria impensável que tal limite não fosse exigido do Ministério Público.⁴⁴

Sobre isso, conforme realçado em âmbito doutrinário, há uma "limitação básica" ao exercício dos poderes de que aqui se trata: como função essencial à justiça, são poderes que só podem ser exercidos dentro de uma relação jurídica processual ou, quando menos, em razão dela. Nos termos da Constituição Federal — já se disse, com acerto —, "é o Ministério Público uma função da justiça e, não a justiça uma função do Ministério Público".⁴⁵ Dessa forma, cabe ao Judiciário sindicar a atuação deste último, verificando se ela se pautou em conformidade com os ditames legais e se ela foi desenvolvida dentro da esfera do poder outorgado à Instituição.⁴⁶ O caráter processual dessa atuação contrapõe-se a operações internas e secretas, pondo em relevo a exigência de publicidade e o dever de motivar.⁴⁷

A questão, naturalmente, liga-se à da necessidade — ou não — da observância do contraditório na investigação e, em relação ao Ministério Público, no âmbito do inquérito civil. A propósito, embora pareça prevalecer a idéia de que a garantia seria dispensável tendo em vista que ali não se decidem controvérsias e de que se trata de "mero" procedimento tendente a formar a convicção do Ministério Público, há quem reconheça que o inquérito civil vai além de uma simples seqüência de atos encadeados e constituiu um procedimento formal que estabelece a constituição de direitos e que gera deveres que ultrapassem o âmbito interno da referida Instituição; tudo isso a referendar a idéia de que, ali, tem-se mais do que um mero procedimento.⁴⁸

44. Cf. José Ignacio Botelho de Mesquita, "A garantia do devido processo legal — Aplicação contra excesso do Ministério Público", *RF* 327/152.

45. Idem, pp. 150-151. Segundo o Mestre, "seria pouco compreensível que uma função essencial à justiça pudesse ser exercida de outra forma, eis que não há outra via para realização da justiça senão a via processual. Costuma-se até dizer que o Estado de Direito outro não é senão um Estado de Vias Judiciais".

46. Cf. José Carlos Puoli, *Responsabilidade civil do promotor de justiça na tutela aos interesses coletivos*, pp. 63-64.

47. Ada Pellegrini Grinover, *O processo em evolução*, pp. 81-84.

48. Cf. Hugo Nigro Mazzilli, *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas*, 2ª ed., pp. 178-179 e

Além disso, e justamente por conta daquele necessário controle, é até mesmo de se duvidar que a prerrogativa de que é investido o Ministério Público imponha invariavelmente verdadeira sujeição às pessoas submetidas à investigação — ou, como cogitado, que estabeleça um típicoc dever de informação.⁴⁹

Ainda que o Ministério Público possa tomar a iniciativa de empreender a investigação, ao menos diante dele prevalece a garantia constitucional de não-auto-incriminação daquele que se encontra em posição de investigado.⁵⁰ Portanto, em relação a este último não prevalecem, pura e simplesmente, as determinações ou requisições do Ministério Público, que, afinal de contas, atua como parte (ainda que em nome da defesa do interesse social ou do interesse público primário), entendendo-se não ser exigível que o potencial acusado forneça elementos de instrução a seu oponente;⁵¹ não sem que isso decorra de determinação

244-245, embora atribua a fixação dos "limites da intervenção do investigado" ao próprio promotor encarregado (p. 245).

49. A menos que se aceite que esse dever, conforme cogitado anteriormente, possa ser extraído do dever de veracidade. Mas, nesse caso, a regra não deveria valer apenas para o Ministério Público.

50. Certo que o direito ao silêncio é prerrogativa reconhecida apenas no âmbito penal. Contudo, pelas razões expostas no texto, não parece haver justificativa para que não vigore em matéria de investigação civil, ao menos como forma de garantir que as providências de instrução estejam, salvo voluntário atendimento pelo interessado, sempre submetidas ao controle jurisdicional. Em abono dessa assertiva, lembre-se que o direito ao silêncio tem sido reiteradamente reconhecido pelo STF quando se trata de investigação realizada por CPI (cf. 1ª Turma, HC 89.269-DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJU* 15.12.2006, p. 96; Tribunal Pleno, HC 80.584-PA, rel. Min. Néri da Silveira, *DJU* 6.4.2001, p. 69; Tribunal Pleno, HC 79.812-SP, rel. Min. Celso de Mello, *DJU* 16.2.2001, p. 21; Tribunal Pleno, HC 79.589-DF, rel. Min. Octávio Gallotti, *DJU* 6.10.2000, p. 81; Tribunal Pleno, HC 79.244-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* 24.3.2000, p. 38). A propósito, na doutrina, v. Antônio Scarance Fernandes, "O equilíbrio na investigação criminal", in Flávio Luiz Yársnell e Maurício Zanoide de Moraes (coords.), *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, pp. 329-330.

51. Não se olvida que a lei tipificou como crime a recusa, o retardamento ou a omissão de "dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitadas pelo Ministério Público" (Lei 7.347/1985, art. 10). Aliás, a lei fala em "requisitar" e não simplesmente em "requerer" ao órgão judicial. Contudo, as razões expostas no texto — inclusive, mais adiante, quanto à parcialidade do órgão ministerial — demonstram que, nos limites acima versados, as garantias que vigoram para a investigação criminal devem também vigorar para investigação civil (essa, sim, objeto principal das presentes considerações). Portanto, o ato do Ministério Público é de *requisição* até o momento em que o destinatário do comando não oponha jurídicadas razões para recusar o cumprimento da determinação. Daí a idéia de sujeição da

judicial.⁵² Assim, conforme já mencionado, o que prevalece, em última análise, e ao menos em relação a quem se encontra na posição de investigado, é a decisão judicial acerca da produção de certa providência de instrução preliminar pelo Ministério Público – o que, como igualmente salientado, leva a crer que o poder de investigação, em certa medida, não pertence exatamente ao Ministério Público, que tem a prerrogativa de pedir ao Judiciário, se necessário, que ordene a prática desse ou daquele ato.⁵³ Se existe um dever de informação, na situação sob exame, ele é processual muito mais porque decorre da determinação judicial em processo, e não porque emane de uma norma de direito processual.

Aliás, a cogitação da existência de um direito à prova autônomo, objeto de considerações nos tópicos seguintes, faz pensar sobre a neces-

atividade ministerial à garantia do processo, conforme exposto no texto e em notas do presente tópico. Por outro lado, não se pode deixar de observar que, aparentemente, a lei – ao criminalizar a conduta – terá sido mais severa com o descumprimento da determinação do Ministério Público do que em relação à determinação judicial, diante do mecanismo do *onus* que vigora no processo judicial; o que não parece ser exatamente coerente.

52. Em alguma medida, a tese foi referendada pelo STF ao distinguir os poderes de investigação outorgados ao Ministério Público, de um lado, e o exercício do direito de ação para produção de prova (no caso, exibição de documento), de outro. Com efeito, nos autos do HC 93.829-BA, rel. Min. Ricardo Lewandowski, a 1ª Turma assim decidiu: “I – O Ministério Público, a quem incumbe instaurar inquérito civil e promover ação civil pública, além de ajuizar a ação penal (art. 129, incisos I e III, da CF), tem legitimidade para ajuizar ação de exibição de documentos. II – Tal legitimidade nada tem a ver com o poder investigatório do *Parquet*, dizendo respeito, apenas, ao seu direito de acionar o Poder Judiciário, no exercício de suas funções institucionais. III – Prefeito que não se pode negar à exibição de documentos públicos, sob a alegação de ser-lhe facultado omitir-se na produção de provas contra si mesmo, visto que é, em última análise, o chefe máximo da Administração Pública local. IV – *Writ* conhecido, a que se nega provimento”. Portanto, a garantia de não-auto-incriminação não pode ser oposta quando, submetido o pedido do Ministério Público ao Poder Judiciário, esse último defere a pretensão.

53. Cf. José Ignácio Botelho de Mesquita, “A garantia do devido processo legal – Aplicação contra excesso do Ministério Público”, *RF* 327/153. Expressivas as palavras do processualista, a respeito: “Por força desta garantia e da própria natureza das funções atribuídas pela Constituição ao Ministério Público, não lhe é admitido, à margem do processo, *sponte sua*, proceder a inspeções ou exames”. Dessa forma, toda “a atividade do Ministério Público, como sujeito do processo, há de ser processual, como é das partes em sentido próprio, não lhe sendo autorizado agir ao seu alvedrio, nem como órgão agente, nem como órgão interveniente. O que se lhe permite, no máximo, é dispor dos mesmos direitos e ônus que competem às partes. Quando demonstre processualmente ter razão, terá a seu favor, como a têm as partes, toda a força do Estado”.

sidade de o texto constitucional ter especificado poderes de investigação que, em última análise, poderiam se considerar existentes, com os limites já indicados, a partir do direito de ação.⁵⁴⁻⁵⁵

54. Contudo, tratando-se de investigação criminal, conforme bem exposto por Ada Pellegrini Grinover, a Constituição Federal atribui a função de Polícia Judiciária e a apuração das infrações penais à Polícia Federal e às Polícias Civis. Assim, o inquérito policial é instrumento de investigação da Polícia Judiciária, e o papel do Ministério Público, aí, é aquele referido no art. 129, VII e VIII, da CF, não havendo que se falar sequer em “poderes implícitos” (cf. “Investigações pelo Ministério Público”, *Boletim IBCCRIM* 145/4). Portanto, no caso da investigação criminal perante o ordenamento jurídico brasileiro, não há como extrair em favor do Órgão acusador a prerrogativa de investigar como um puro e simples desdobramento da titularidade da ação penal; ainda que, como dito uma vez mais por Ada Pellegrini Grinover, a função de investigação criminal não seja propriamente incompatível com as demais arroladas nos incisos I a VIII do art. 129 da CF (cf. ob. cit., p. 4). De forma semelhante, v. Antônio Searance Fernandes, “O equilíbrio na investigação criminal”, in Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (coords.), *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, pp. 322-326.

55. Em complemento à nota precedente, quanto ao poder investigatório do Ministério Público em matéria penal, convém registrar que o tema é objeto de apreciação pelo STF nos autos do HC 84.548-SP. Até a conclusão deste trabalho, voto proferido pelo Min. Marco Aurélio deferia a ordem e, portanto, negava aquela prerrogativa. Foi aberta divergência com o voto proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence, tendo pedido vista o Min. Cezar Peluso. Contudo, convém anotar que a matéria já fora apreciada pelo referido Tribunal em tempos não tão recentes. Assim, negando o poder de investigação criminal do Ministério Público, já se decidira: “A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade do *Parquet* realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes” (RHC 81.326, rel. Min. Nelson Jobim, j. 6.5.2003, *DJU* 1.8.2003). De forma semelhante, decidiu-se: “O Ministério Público não tem competência para promover inquérito administrativo em relação à conduta de servidores públicos; nem competência para produzir inquérito penal sob o argumento de que tem possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos; pode propor ação penal sem o inquérito policial, desde que disponha de elementos suficientes” (RE 233.072, rel. para o acórdão Min. Nelson Jobim, j. 18.5.1999, *DJU* 3.5.2002). Em sentido aparentemente diverso, porém antes da Constituição de 1988, decidiu-se: “A instauração de inquérito policial não é imprescindível à propositura da ação penal pública, podendo o Ministério Público valer-se de outros elementos de prova para formar sua convicção. Não há impedimento para que o agente do Ministério Público efetue a colheita de determinados depoimentos quando, tendo conhecimento fático do indicio de autoria e da materialidade do crime, tiver notícia, diretamente, de algum fato que merecesse ser elucidado” (Inq. 1.957, rel. Min. Carlos Velloso, j. 11.5.2005, *DJU* 11.11.2005). No mesmo sentido: HC 83.463, rel. Min. Carlos Velloso, j. 16.3.2004, *DJU* 4.6.2004.

Isso leva a outra reflexão: se a outorga de poderes de investigação, por um lado, se afeição a uma tradição inquisitorial, por outro lado, é certo que um processo de modelo acusatório reclama, no âmbito do processo penal, a extensão de tal prerrogativa ao acusado, a quem se deve também reconhecer o poder de obter o material destinado à demonstração das teses defensivas.⁵⁶

Se assim se passa na esfera processual penal, não parece, então, despropositado fazer projeção análoga para a seara civil, para reconhecer — com as limitações já mencionadas e outras que ainda convém apontar — a existência de um direito de obter elementos destinados a suportar alegações em juízo a qualquer cidadão.⁵⁷ Não se justifica, portanto, que o reconhecimento de um direito à investigação — manifestação do direito à prova que, como já sugerido, pode ser considerada autônoma⁵⁸ — se opere exclusivamente em favor do Ministério Público, e não em favor de todos os demais titulares do direito de ação.⁵⁹

56. Expressivamente nesse sentido: Antônio Magalhães Gomes Filho, *Direito à prova no processo penal*, p. 87. Mais recentemente, Antônio Scarance Fernandes dedicou-se ao tema, examinando as alterações havidas no sistema processual penal italiano por força das Leis 479/1999 e 397/2000, que regulamentam e estruturam a realização da investigação pela defesa no âmbito criminal. Segundo lembrou Scarance Fernandes, essas leis “autorizam a defesa a contratar investigador particular para proceder à investigação e prevêm a forma como se realizam as entrevistas às testemunhas” (cf. “O equilíbrio na investigação criminal”, in Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (coords.), *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, pp. 327-328). Conforme bem acentuou Scarance Fernandes, “é não obstante as incertezas acerca dos efeitos concretos da nova regulamentação, “é importante a previsão italiana, porque constitui relevante tentativa de alcançar maior equilíbrio entre o papel desempenhado pela Polícia e pelo Ministério Público e aquele desenvolvido pelo imputado e seu advogado” (cf. ob. cit., p. 328).

57. Sobre a relação entre as esferas civil e criminal, o STF teve a oportunidade de decidir que: “O inquérito civil é procedimento pré-processual que se insere na esfera do direito processual civil como procedimento, à semelhança do que sucede com relação ao inquérito policial em face do direito processual penal” (Tribunal Pleno, ADJ/MC 1.285-SP, rel. Min. Moreira Alves, DJU 23.3.2001, p. 84).

58. Se considerado o processo cujo objeto é a declaração do direito.

59. Isso é dito não propriamente para que se expanda indiscriminada e perigosamente o âmbito das investigações civis. Diversamente, o que se busca e se defende no texto, ao ensejo do poder de investigação do Ministério Público, é o estabelecimento de um maior equilíbrio no âmbito das investigações civis, tal como, analogamente, preconiza autorizada doutrina no âmbito processual penal (cf. Antônio Scarance Fernandes, “O equilíbrio na investigação criminal”, in Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (coords.), *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, pp. 327-328), inclusive com a mais clara definição da situação

Com efeito, no âmbito civil procede a idéia — bem exposta em autorizada sede doutrinária — segundo a qual seria uma contradição em termos atribuir ao Ministério Público, para a defesa de algum direito em juízo, poderes maiores que os conferidos às partes. Assim, se de aumento de tais prerrogativas se cogitar para a defesa eficiente de um direito, esse aumento será tão ou mais necessário às partes do que ao Ministério Público. Isso porque os poderes que se reputarem insuficientes para o Ministério Público hão de ser reputados mais insuficientes ainda às partes, desprovidas que são das garantias e dos meios de que dispõe aquela Instituição.⁶⁰

Certo que ao Ministério Público, entre nós, a Constituição Federal reservou reconheceu o papel de defesa “da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.⁶¹ Nem por isso, contudo, parece lícito afirmar que o direito à prova outorgado àquela Instituição possa ter, conceitualmente, uma maior amplitude. Nessa linha de raciocínio, forçoso, então, seria, quando menos, reconhecer a extensão do direito de investigar a outras entidades que, na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, pudessem também ser identificadas como portadoras, ainda que parcialmente, daqueles papéis outorgados ao Ministério Público, ou mesmo ao autor na ação popular.⁶²

Mas, mesmo pensando nos cidadãos em geral, ainda que estes possam ir a juízo para a defesa de interesses individuais e disponíveis (identidade que, sabidamente, nem sempre ocorre), a atuação do direito objetivo e, mais que isso, a pacificação social (que decorre da eliminação da controvérsia) são escopos que, antes de satisfazerem apenas a um interesse individual, dizem com o interesse público. Portanto, pacificar com justiça é objetivo do Estado, e não parece lícito afirmar que isso só ocorra nas situações em que são defendidos “interesses sociais”. Mais

jurídico do investigado, para que a ele sejam assegurados todos os seus direitos constitucionais (cf. ob. cit., pp. 328-330).

60. Assim, literalmente, José Ignácio Botelho de Mesquita, “A garantia do devido processo legal — Aplicação contra excesso do Ministério Público”, *RF 327/151-152*. E completou ponderando que a atividade do Ministério Público “no exercício de suas funções essenciais à justiça encontra dois limites bem definidos: não pode ser exercida à margem do processo, exceto expressa previsão legal, e, dentro dele, não pode exceder os poderes atribuídos às verdadeiras partes”.

61. CF, art. 127.

62. Sobre providências preliminares de instrução acessíveis ao autor popular, mediante necessária intervenção do Poder Judiciário, v., supra, Capítulo II, n. 13.

ainda: se o critério for a relevância social do direito discutido, então, em muitas situações de pleitos individuais de direitos indisponíveis, por coerência, também seria preciso reconhecer aos titulares do direito de ação a prerrogativa de obter prova de forma autônoma — ou seja, de investigar.

Poder-se-ia cogitar de que a outorga de diferenciados poderes de investigação a essa Instituição se justificaria porque, pela relevância ou pela indisponibilidade dos interesses a seu cargo, a propositura de uma demanda desprovida de elementos mais seguros — elementos que poderia obter em instrução preliminar — seria danosa ao interesse social ou ao interesse público primário; o que parece particularmente significativo quando, por exemplo, se pensa na liberdade das pessoas, no contexto da ação e do processo penal.

Contudo, se o argumento impressiona, não convence, porque a litispendência é, em qualquer caso (e não apenas no âmbito penal), um ônus quer para o demandado, quer para o Estado. Portanto, para além do emprego de técnica como a das condições da ação, se a litispendência puder ser abreviada ou até evitada pelo prévio conhecimento do quadro probatório acerca de dada controvérsia, isso representa um ganho social relevante, independentemente da circunstância de qual seja a natureza dos direitos ou interesses discutidos.

Por outro lado, talvez se pudesse reconhecer ao Ministério Público um direito à investigação — não extensível em paridade de condições aos demais cidadãos, ainda que titulares do direito de ação e de defesa — ao argumento de que aquela se trataria de uma Instituição *imparcial*, voltada apenas à preservação do interesse social. Justificar-se-ia, assim, seu poder de obter prova de maneira antecipada de forma não vinculada às situações de urgência — e, portanto, não exatamente inserida no processo instaurado para a declaração do direito. Contudo, mesmo que parte da premissa desse raciocínio até pudesse ser correta, ainda assim não se justificaria a exclusividade aventada.

Quanto a isso, a idéia aqui exposta é a de que o exercício do direito de investigação fica, em qualquer caso, sujeito ao controle jurisdicional, que deve presidir a busca e produção da prova preliminar. Portanto, a imparcialidade é — e deve ser — do órgão judicial que preside a instrução (ainda que, como visto, ela possa apresentar caráter autônomo).

Além disso, a existência dessa suposta imparcialidade do Ministério Público parece contrariar a natureza das coisas. Não se nega — antes, se admite — que os integrantes dessa Instituição estejam submetidos ao

princípio de impessoalidade, que, para efeito de raciocínio, deve ser tido como rotineiramente respeitado.⁶³ A propósito, não seria correto formular uma teoria tomando-se como parâmetro eventual patologia. Contudo, também não é possível supor que o Ministério Público, por seus membros, atue com a imparcialidade que se espera e se exige do magistrado. É oportuno, a respeito, lembrar antiga advertência no sentido de que a suposta imparcialidade dos órgãos de investigação pode, às vezes, ser contaminada pelo interesse profissional⁶⁴ (repita-se, sem que daí se extraia qualquer nota de ilicitude ou de improbidade).

Em suma, não parece haver razão plausível, de forma universal ou mesmo se tomado em particular o ordenamento brasileiro, para que o direito à investigação — entendido como manifestação autônoma do direito à prova — seja exclusivamente reconhecido a órgãos estatais e, em particular, ao Ministério Público. Entende-se que a este, como órgão público, se reconheça, em certas situações, o direito de requisitar diretamente informações e elementos (desde que, como visto, não seja o caso de confrontar valores constitucionalmente garantidos), numa prerrogativa que, realmente, não há como simplesmente estender a outros entes. Contudo, coisa diversa é reconhecer que o direito autônomo à prova não deve ser prerrogativa exclusivamente reconhecida àquela Instituição. E, não havendo argumento que justifique essa atribuição exclusiva, a “paridade de armas” decididamente fala em favor da extensão de referido direito a todos quantos sejam titulares do direito de ação.⁶⁵

63. Sobre os limites impostos ao Ministério Público pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, v., a título ilustrativo, Ricardo Sampaio, “O Ministério Público e a sujeição à lei e à moral”, *RT* 720/362.

64. Cf. Carnelutti, *Principi del processo penale*, pp. 173-174. Na doutrina italiana mais recente, v. Pasquale Ventura, “Le indagini difensive”, in *Trattato di procedura penale*, vol. XXVII, p. 11 (conquanto a propósito da investigação no âmbito penal). Entre nós, de forma análoga, foi dito em doutrina, a propósito da ação civil pública, não bastar “o juízo subjetivo do Ministério Público para a procedência da ação” (cf. Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança*, 32ª ed., p. 178).

65. Relacionando expressamente o direito à prova com a “paridade de armas”, v. Paolo Tonini, *A prova no processo penal italiano*, p. 83, e Giulio Ubertis, “Il contraddittorio nella formazione della prova penale”, in Flávio Luiz Yarshell e Maurício Tranoze de Moraes (coords.), *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, pp. 332-333. Entre nós, Antônio Scarance Fernandes enfatizou a necessidade de equilíbrio na atividade de investigação. Embora falando sobre a esfera penal, suas considerações são aproveitáveis para a investigação civil, pelo Ministério Público, quando enfatiza a necessidade de “assegurar as garantias do investigado, e não causar um insuportável desequilíbrio de forças entre o Estado e o indivíduo”. “Não se pode aceitar que o Ministério Público exerça a função de investigação direta

45. *direito à prova e direito de provar: delimitação conceitual*

As considerações feitas nos tópicos precedentes procuraram destacar aspecto que integra o chamado direito à prova, e que consiste na busca e obtenção dessa última. Trata-se de elemento que, diversamente dos demais que integram o conteúdo do referido direito, não está direta e necessariamente jungido à declaração do direito em dado caso concreto.

A partir disso, destacou-se o direito ou poder de investigação que se contém no direito à prova e que, conforme se procurou demonstrar, não é prerrogativa exclusivamente estatal, e menos ainda restrita a determinada órgão — como o Ministério Público, por exemplo. Embora de passagem, indicou-se que a investigação é uma faceta da prova que põe mais claramente em evidência o papel que ela desempenha não apenas em relação à formação do convencimento do juiz e ao julgamento estatal, mas relativamente ao convencimento das partes acerca de suas chances de êxito no processo declaratório de que se possa cogitar.

Os aspectos assim destacados, conforme já ficou sugerido, apontam para a existência de um direito à prova autônomo, isto é, sem vinculação direta e necessária com a declaração do direito pelo juiz, em dado caso concreto. Trata-se de um direito cujo objeto limita-se à obtenção de certa prova e que, também não vinculada a situações de urgência.

Posto dessa forma, o direito à prova pode ser entendido, então, como o direito à busca, à obtenção e à pré-constituição daquela.⁶⁶ É o que na doutrina francesa recente se chamou de “direito à prova em sentido estrito”.⁶⁷

Aceita que seja essa proposta de terminologia, haverá, então, dois conceitos distintos: o *direito de provar* e o *direito à prova*.

A primeira dessas expressões, coerentemente com o que já expôs, designa o direito de empregar todos os meios disponíveis para demons-

trar uma regulamentação dos seus poderes e a imposição de limites à sua atividade investigatória” (cf. “O equilíbrio na investigação criminal”, in Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (coords.), *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, p. 326). Ainda sobre paridade de armas e prova, v.: José Carlos Barbosa Moreira, *Temas de direito processual civil*, Terceira Série, p. 67; Nelson Nery Jr., *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 141; Eduardo Cambi, “O direito à prova no processo civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná* 34/151.

66. Cf. Isabelle Després, *Les mesures d'instruction “in futurum”*, p. 128, nota 508.

67. Cf. Isabelle Després, *Les mesures d'instruction “in futurum”*, p. 126.

tração da verdade dos fatos em que fundada uma pretensão ou resistência, no contexto de um dado processo cujo objeto é a declaração do direito. Tal locução designa também o direito de atuar concretamente na formação do convencimento do juiz a propósito dos fatos, através de todos os meios, direitos e contrários, de que se disponha. Nela estão abrangidos o requerimento, a admissão, a produção e a valoração da prova em juízo.⁶⁸

Conforme já mencionado, o direito de provar⁶⁹ considera-se compreendido nos direitos de ação e de defesa, deles sendo uma espécie de desdobramento. Sob essa ótica, o direito de ação não se resume à mera prerrogativa de invocar a tutela jurisdicional e de dar início ao processo, sendo compreendido sob uma perspectiva analítica, que enfeixa uma série de posições jurídicas ativas do autor; dentre as quais o direito de provar as alegações de fatos controvertidos, pertinentes e relevantes. Ainda sob esse prisma, não se pode conceber um direito de provar que não seja associado ao exercício do direito de ação ou de defesa, entendo tal exercício não exatamente como invocação autônoma da prova, mas como um provimento jurisdicional apto a solucionar — mediante a atuação da vontade do direito objetivo — determinada crise situada no plano do direito material.

Então, aceitando-se que o direito de provar seja inerente aos direitos de ação e de defesa, aquele primeiros então, apresenta-se de forma indissociável dos demais, assim como se apresenta indissociável de um processo cujo objeto (pretensão) não é exatamente a produção da prova. No apontado contexto o direito de provar está atrelado à declaração do direito pela sentença (ou, por outra forma, ao direito de obter a sentença). A parte só pretende produzir a prova porque pretende um provimento jurisdicional a projetar efeitos sobre certa situação da vida. Não se busca, em suma, apenas produzir a prova.

Sob ângulo diverso, o direito à prova, por seu turno, pode ser entendido não exatamente como uma das posições jurídicas integrantes do feixe que o direito de ação e de defesa englobam; ou, ainda, não como um mero desdobramento do direito de invocar um provimento jurisdicional que declare o direito em dada situação concreta. O que há é um direito simplesmente à produção (obtenção e pré-constituição) de

68. Assim o raciocínio exposto por Isabelle Després, *Les mesures d'instruction “in futurum”*, p. 126.

69. Então referido como direito à prova.

determinada prova, entendido como a prerrogativa de invocar o Estado um ato que se esgote aí.

A propósito, convém ressaltar a distinção: uma coisa é, em um dado ordenamento jurídico, explicitar-se a existência de um direito à prova (ou, como aqui se quer, de um direito de provar), paralela e concomitantemente à explicitação das garantias da ação e da defesa. Outra coisa é saber se tal direito – ainda que eventualmente até não explicitado pelo ordenamento – tem um alcance que pode desvinculá-lo da declaração relativamente a uma dada situação no plano material (e também das situações de urgência, nas quais se colocam em risco a utilidade e a eficácia dessa mesma declaração).

Vale dizer: se existe um direito de invocar um provimento jurisdicional de mérito pelo qual se declare o direito no caso concreto, parece existir também o direito de invocar um ato estatal de mera obtenção e pré-constituição de prova, desvinculado da declaração do direito. Ou, sob ótica ainda um tanto diversa, mas na mesma linha de raciocínio (de autonomia do direito à prova): o direito de ação, garantidor da chamada inafastabilidade do controle jurisdicional, pode também abranger o direito de invocar um provimento cujo objeto seja exclusivamente a produção de determinada prova.

O exame do tema é fundamental no contexto da hipótese de trabalho inicialmente fixada: pensar na produção da prova antes do processo instaurado para a declaração do direito é, só por isso, admitir a possibilidade de a parte pretender não mais que a intervenção estatal para a obtenção e pré-constituição de dada prova. Mais ainda: pensar no direito à prova como abrangente de um direito à investigação ou um direito à pré-constituição da prova é também supor a existência de um direito cujo conteúdo se limita à garantia de acesso, descoberta e documentação de certos fatos mediante a intervenção estatal, de forma desvinculada de um outro pleito de provimento jurisdicional.⁷⁰

70. De forma expressiva, embora com premissas conceituais e metodológicas um tanto diversas, Pontes de Miranda traz passagem que abona a assertiva contida no texto: "O interesse em obter, preventivamente, a documentação de estado de fato que possa vir a influir, de futuro, na instrução de alguma ação é reconhecido pelo Código". Referido jurista afirmou ser tal ação "parecida" com aquela proposta de forma principal para a declaração da autenticidade ou falsidade de documento, conforme a regra do art. 4º, II, do CPC (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. XII, p. 254).

46. *direito à prova:* *exclusão de hipóteses situadas no direito material*

Quando, na linha de raciocínio exposta acima, se sugere a existência de um autônomo direito à prova, com as características e os contornos acima delineados, algumas exclusões precisam ser feitas, inclusive para que se possa confirmar a tese proposta.

Assim, desde logo devem ser descartadas as hipóteses nas quais a busca de determinada pessoa ou de certa coisa – que, nesse caso, pode também ser um documento – resulte de uma posição jurídica situada no direito material. É que, nesses casos, conquanto até se possa entender que a pretensão deduzida e a correspondente atividade estatal redundem na produção de uma dada prova, o pleito está fundado em direito de acesso a determinada pessoa ou de obtenção de uma coisa (direito pessoal ou real), ainda que para mero exame ou vistoria. O direito invocado está, em tais hipóteses, situado no plano substancial; e não se poderia, se não por vias reflexas e demasiadamente genéricas, cogitar, aí, de um direito autônomo à prova.

Nessas situações, é o modelo tradicional que se confirma: o autor narra uma situação substancial e invoca o direito de ter acesso a determinada pessoa ou coisa (ainda que somente para examiná-la); o provimento que se pretende do Estado é dirigido à obtenção de uma ou outra, embora, como dito, possa até se prestar a uma finalidade probatória – como, em geral, ocorre nas exhibições de coisas, dentre as quais a de livros de empresa é um bom exemplo. Portanto, não parece haver aí um direito à prova nos termos aqui sugeridos, vez que se trata de posição jurídica situada no plano material do ordenamento. O direito, em suma, é à pessoa ou à coisa, e não propriamente à prova, que, quando muito, aparece apenas de forma eventual e secundária.

De forma análoga, não parece possível identificar o exercício do direito à prova nas hipóteses nas quais, mais uma vez no plano do direito material, se cogite de direito à informação. É que, conforme distinção que pode ser feita a partir da nossa ordem constitucional, vigora, de um lado, a liberdade de informação (arts. 220-224), completada pela liberdade de manifestação de pensamento (art. 5º, IV); e, de outro lado, nos incisos XIV e XXXIII do art. 5º, vige o que se pode qualificar como direito à informação em uma dimensão coletiva.⁷¹

71. Assim, José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 32ª ed., pp. 259-260.

Contudo, nenhum desses dois últimos dispositivos constitucionais lembrados – repita-se, situados no plano material do ordenamento – corresponde ao direito à prova com os contornos aqui delineados, e nem mesmo são aptos a lhe servir de fundamento direto. Sobre isso, parece lícito dizer que, quando o inciso XIV do art. 5º da CF assegura a todos o acesso à informação, trata-se do interesse geral contraposto ao interesse individual da manifestação de opinião e pensamento, quando veiculada por meios de comunicação social. Ademais, o mencionado inciso XXXIII, ainda que envolva interesses particulares, a estes não se limita.⁷² Trata-se de prerrogativa dirigida a órgãos públicos, e, portanto, que não corresponde nem serve de fundamento à antecipação da prova fora das hipóteses de urgência.

Tal é o que se passa, de forma análoga, nas hipóteses de *habeas data*, que, embora possam até ser distintas das acima mencionadas,⁷³ se referem ao direito de obter a exibição de registros públicos dos quais constem dados pessoais do interessado, inclusive para que eventualmente se proceda a retificação.⁷⁴ Trata-se de posição jurídica situada no plano do direito material, ainda que se possa dizer que no ordenamento brasileiro o reconhecimento do direito se deu mediante o prévio estabelecimento da garantia.⁷⁵

72. Assim, mais uma vez e expressivamente, José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 32ª ed., p. 260. De forma semelhante, dizendo que o titular do direito à informação é o indivíduo, como tal e também como “sujeito social” ou “universal”, v. o trabalho do sociólogo chileno Hugo Osorio, “La información: un derecho individual de bien público”, in *Contribuciones* 2/22.

73. Fazendo a ressalva, na doutrina, Celso Spitzcovsky-Leda Maria Mota, *Direito constitucional*, p. 303.

74. Assim, Alexandre de Moraes, *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional em vigor*, p. 2.723, referindo-se também a registros privados. De forma semelhante: Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de direito constitucional*, p. 282. Reforçando a asserção de que se trata de posição jurídica situada no plano material, Diomar Ackel Filho observou que o *habeas data* buscaria proteger direitos como a honra, a tranqüilidade, a privacidade e o patrimônio, todos eles passíveis de vulneração “pela informação segredada ou incorreta” (cf. “*Writs*” *constitucionais*, pp. 117-118).

75. O aspecto foi bem apanhado por Wilson Zauhy Filho, ao tratar do “híbrido” do *habeas data*, imputável à imprecisão técnico-legislativa. Segundo o autor, trata-se de “afirmação definitiva do direito fundamental de não ser violada a esfera pessoal mais recôndita, como expressão e afirmação do direito à autodeterminação de dados”. Tutela-se, enfim, a “liberdade informática” (cf. *A proteção do direito à privacidade à luz da informática: o direito ao “habeas data” – Liberdade informática e autodeterminação de dados*, pp. 211 e ss.).

Assim também se passa quanto ao direito à informação outorgado ao consumidor⁷⁶ ou àquele que está ligado ao princípio da boa-fé objetiva, na seara de outras relações jurídicas que não sejam propriamente de consumo. Embora o tema possa efetivamente ser relacionado ao do direito à prova, com ele não se confunde, porque, mais uma vez, trata-se de prerrogativa situada no plano do direito material e que, inclusive, nem sempre se resolve propriamente em demanda judicial objetivando a prestação ou fornecimento de uma dada informação.⁷⁷

47. segue: ainda o direito à prova e o direito material (relevância metodológica)

Também não parece correto cogitar de um direito à prova, com os contornos anteriormente sugeridos,⁷⁸ como posição jurídica resultante do plano substancial.

Em tal perspectiva, cogitar-se-ia do direito à prova como uma contrapartida necessária – ou, quiçá, até mesmo como um apêndice – do direito subjetivo material, dele indissociável, à semelhança do que um dia já se concebeu em relação ao direito de ação.⁷⁹ Nessa ótica, parafraseando a fórmula que constava do art. 75 do nosso CC anterior, dir-se-ia: a todo direito, quanto aos fatos que lhe dão suporte, corresponde uma prova que o assegure.⁸⁰ O direito à prova, nessa ótica, talvez pudesse ser entendido como um elemento da pretensão.⁸¹

76. Na doutrina, Paulo Luiz Netto Lôbo enquadrou o direito do consumidor à informação nos “direitos fundamentais de terceira geração”, caracterizando-o como “direito à prestação positiva oponível a todo aquele que fornece produtos e serviços no mercado de consumo” (cf. “A informação como direito fundamental do consumidor”, *Revista de direito do consumidor* 37/62).

77. A propósito, discussões a respeito do dever jurídico de informar (situado no plano do direito material) possivelmente surjam no contexto de controvérsia acerca do cumprimento – ou não – de obrigações resultantes da lei ou do contrato, quer para o fim de se desconstituir determinado negócio jurídico, quer para se impor determinada sanção ou condenação em dinheiro, a título de indenização.

78. Ou mesmo se visto em sua concepção tradicional de desdobramento dos direitos de ação e defesa.

79. Faz referência a esse pensamento, inclusive com alusão ao paralelismo com o direito de ação, Isabelle Després, *Les mesures d'instruction “in futurum”*, p. 129, com referências à doutrina francesa.

80. Ainda que indiretamente, isto é, passando pelo exercício do direito de ação.

81. Cf. Vittorio Denti, “Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali”, *Rivista di diritto processuale* 1/70, especialmente nota

A concepção da prova (produzida de forma antecipada ou não) como direito resultante do plano substancial do ordenamento⁸² está ligada à construção teórica que identifica nas regras que disciplinam o tema essa mesma natureza, isto é, normas de direito material.⁸³ E embora referida concepção — que, no contexto em que concebida, pecou por uma perspectiva sincrética do ordenamento — não mereça, mesmo, pre-va-lecer, ela não deixa de ter utilidade para o tema ora tratado, ainda que certamente não intencionalmente buscada na perspectiva metodológica em que engendrada.

Com efeito, a chamada teoria materialista enfatizou a relação da prova, de um lado, com a certeza e a segurança das relações jurídicas, de outro.⁸⁴ Para tanto, aludida concepção relacionou *prova* e *vontade das partes*, de maneira que a essas deveria, no estabelecimento de vínculos jurídicos, ser dado conhecer não apenas as regras a que estão sujeitas e o que podem exigir de seu opositor, mas igualmente saber como podem provar suas alegações no caso de eventuais litígios.⁸⁵

Ao fazê-lo, ainda que em perspectiva metodológica diversa e reconhecidamente superada, aludida construção teórica teve o mérito de realçar o papel que a prova desempenha não apenas em relação ao juiz, mas também em relação às partes, para avaliação de suas chances em eventual disputa, permitindo, ademais, que o ingresso em juízo ocorra de forma mais segura e responsável ou, por outra, estimulando a solução das controvérsias por formas de autocomposição.

Aqui não se pretende pôr em dúvida que as regras que disciplinam a prova têm natureza processual. Assim ocorre porque, em última análise, a prova tem por finalidade convencer o juiz — ao mesmo tempo em que

19. "Pretensão" que, nesse contexto, e desprovida de um significado processual (pretensão como mérito, isto é, como objeto do processo), é conceito sincrético (cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, 5ª ed., t. I, nn. 33, pp. 90-91, e 122, pp. 282-285 — ao ensejo da célebre polémica entre Windscheid e Muther). Por essa ótica, dir-se-ia, então, que a "faculdade de impor a própria vontade em via judiciária" abrangeria também o direito à prova (cf. ob. cit., p. 90).

82. Mesmo nos casos em que a prova se estabelece a partir da forma exigida para certos negócios jurídicos, seria duvidoso falar-se da forma (e, portanto, da prova) como um "direito", funcionando a exigência, no contexto das posições jurídicas, muito mais como um ônus ou, quiçá, como um dever.

83. Sobre o tema, v. Marici Giannico, *A prova no Código Civil — Natureza jurídica*, n. 26, pp. 122 e ss.

84. Cf. Salvatore Satta, "Sulla legge regolatrice delle prove", *Giustizia civile — Rivista mensile di giurisprudenza* 7-8/1.253.

85. Cf. Marici Giannico, *A prova no Código Civil — Natureza jurídica*, p. 124.

confere segurança e credibilidade às decisões judiciais — e que, portanto, tem em mira o interesse público, e não o interesse meramente privado das partes.⁸⁶ Mesmo quando se enfatiza que a prova também desempenha o papel de esclarecimento e de convencimento das partes, não há como negar que isso se dá sempre na projeção do que poderá vir a ser o convencimento do juiz. Isso fica evidente quando se fala da ligação entre prova e avaliação de chances, pois a verificação destas se dá na perspectiva de uma disputa.

Contudo, não é preciso chegar ao ponto de negar a natureza processual das normas sobre a prova para afirmar que esta última — mesmo que vista sob a ótica do interesse público — se destina também aos protagonistas do conflito.⁸⁷ É que, conforme tantas vezes aqui asseverado, na medida em que a prova seja — como inegavelmente é — apta a orientar os interessados e, assim, a estimular soluções de autocomposição, fica superada a idéia de que encará-la sob a ótica das partes signifique adotar postura metodológica sincrética. Mesmo aqueles que enxergam a prova sob o ângulo de quem julga não negam, como visto, o papel que aquela — por meio da motivação — desempenha para a credibilidade da decisão judicial. E, naturalmente, quando se pensa em tal aptidão, parece razoavelmente claro que ela não se destina exatamente ao próprio julgador,⁸⁸ mas também às partes.⁸⁹

86. Idem, p. 134.

87. Substancialmente de acordo com a observação feita no texto, v. Marici Giannico, *A prova no Código Civil — Natureza jurídica*, p. 137. Para exame da evolução do pensamento de Carnelutti a propósito da natureza das normas que regulamentam a prova, v. o "Prefácio" de Vitorio Denti à clássica obra *La prova civile*, em sua reedição de 1992.

88. Nem mesmo, a rigor, aquele que possa eventualmente rever o ato, pelo exercício de competência recursal, exceto, talvez, quando se pensa na motivação como instrumento de "controle psicológico sobre o juiz de primeira instância" (cf. Oreste Nestor de Souza Laspro, *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*, pp. 101-102).

89. E, quiçá, à sociedade, visto, aqui, o papel que a motivação das decisões judiciais exerce como forma de controle das decisões judiciais e como instrumento de pacificação, pela superação da controvérsia, e de educação (*in arg.* Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 13ª ed., p. 191). Sob o ângulo da parte prejudicada, conforme observou Antônio Magalhães Gomes Filho, "a motivação serve, assim, em primeiro lugar, para que se avalie a conveniência de utilizar o meio de impugnação, pois pelo confronto entre as razões apresentadas na decisão e aquelas que normalmente são utilizadas nos julgamentos do órgão superior já se terá uma indicação, mais ou menos segura das chances de provimento do recurso" (cf. *A motivação das decisões penais*, p. 103).

Essas considerações, sem que se perca de vista o contexto em que inseridas, permitem ver a questão sob prisma diverso do tradicionalmente aceito: pensar na prova exclusivamente sob o ângulo do juiz é correr o risco de dar importância ao fenômeno processual além da justa medida. Como já visto, a hipertrofia da idéia de que o juiz é o único destinatário da prova pode levar a distorções, dentre as quais fazer com que o livre convencimento se transforme em algo simplesmente intangível e, portanto, arbitrário.

Esse modo de ver o fenômeno pode levar a distorções que afetem até mesmo a produção da prova: se o juiz é o exclusivo destinatário da prova, poder-se-ia pensar não haver mal em que eventualmente determinada prova fosse colhida secretamente por ele. Nessa ótica — evidentemente, errada —, a ausência das partes até poderia ser benéfica, por permitir que o destinatário da prova ficasse mais à vontade para proceder à respectiva colheita.⁹⁰ Tratar-se-ia, como dito, de uma distorção grave, porque evidente a violação ao contraditório e ao devido processo legal. Contudo, não raro o apelo ao interesse público, quiçá acompanhado da invocação do princípio da proporcionalidade, parece querer convencer de que a observância daquelas garantias, assim como a da publicidade, poderia ser mitigada, colhendo-se a prova secretamente.⁹¹

Conceitualmente falando, o receito de que a visão da prova se faça também pelo ângulo das partes parece ser, em alguma medida, análogo ao receito que levou a doutrina processual a banir de seu campo de investigação, durante algum tempo, a tutela dos direitos. Com efeito, quando se pensa exclusivamente na autonomia do processo, qualquer enfoque que sugira fugir da atuação puramente estatal parece ser visto como uma indevida transgressão, a colocar em risco a pureza da ciência processual. Contudo, para seguir na analogia proposta, é sabido que, uma vez afirmada a autonomia do processo e bem salientado seu caráter instrumental em relação ao direito material e aos valores consagrados no plano

90. Para ilustrar, pense-se na colheita da prova testemunhal, por exemplo. No âmbito das Comissões Parlamentares de Inquérito — CPIs, o § 2º do art. 3º da Lei 1.579/1952, com a redação que lhe deu a Lei 11.679/2003, prevê que, em “reunião secreta”, o depoente, contudo, “poderá fazer-se acompanhar de advogado”.

91. Em processo perante o CADE, órgão que, embora integre a Administração, exerce função judicante, deparamo-nos com diligências realizadas — em autêntico processo, e não mero procedimento — de forma secreta pela autoridade presidente. Em uma delas o voto-condutor da condenação imposta às partes procurou justificar a providência na circunstância de que a prova se dirige ao julgador e que o papel daquela é formar a convicção deste (autos 08012.004086/2000-21). Portanto, o risco indicado no texto existe, e merece reflexão.

substancial do ordenamento, a preocupação do processualista é mesmo com os resultados que o sistema seja apto a ofertar ao consumidor da prestação jurisdicional.

Portanto, para o processualista maduro, ligar o processo intimamente à relação material controversada não é mais um risco, mas um imperativo. E isso vale também para a prova: se decididamente seu emprego processual é pautado pela idéia de formação do convencimento de quem julga, é preciso considerar também que a tutela prestada pelo Estado não pode e não deve se limitar à outorga de decisões imperativas, dado que o escopo da jurisdição não se limita à declaração do direito no caso concreto.⁹²

Por isso tudo, assim como parte da doutrina preconizou uma releitura da regra outrora inserida no art. 75 do CC brasileiro de 1916, para dela extrair a idéia de que para toda afirmada posição jurídica de vantagem no plano substancial do ordenamento deve existir um canal ou um instrumento apto a fazer com que referida alegação seja adequada e tempestivamente apreciada pelo Judiciário,⁹³ analogamente parece possível rever a idéia de que a prova seria uma consequência necessária do direito subjetivo material, para, em termos mais corretos, dizer que para toda controvérsia que envolva fatos o sistema há de predispor meios aptos ao respectivo esclarecimento ou demonstração.

Embora essa conclusão também aproveite à concepção de prova entendida como *direito de provar*, ela ainda serve de fundamento para o que aqui se aceitou denominar de *direito à prova*.⁹⁴ A ampliação dos canais de acesso à prova reforça a tese segundo a qual existe um direito à busca e pré-constituição da prova mesmo fora das hipóteses de urgência e sem vínculo direto e necessário com a declaração do direito no caso concreto.

92. V., infra, n. 55.

93. Nas palavras de Kazuo Watanabe, basta “que se leia o texto como se nele estivesse escrito que a toda afirmação de direito (e não um direito efetivamente existente) corresponde uma ação, que o assegura” (cf. Kazuo Watanabe e outros, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 856). Sobre o tema, ainda, remete-se a nosso *Tutela Jurisdicional*, pp. 18, nota 12a, e 63, nota 30.

94. De forma análoga, embora em perspectiva metodológica diversa, invocando o CC, art. 75, para dizer que “onde há pretensão à produção probatória há ação de assecuração da prova”, v. Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. XII, p. 258.

48. segue: *direito à prova e direito processual material*

Outra utilidade que se pode extrair das teorias ditas materialistas reside em que, para elas, a lei a ser aplicada em matéria de prova é a do tempo da ocorrência dos fatos, já que nesse momento os interessados teriam adquirido o direito de prová-los pelas formas então disponíveis. Como desdobramento, eventual supressão posterior de meios probatórios ou instituição de regras mais gravosas não poderiam limitar as possibilidades de provar, porque o direito à prova teria, então, se incorporado ao patrimônio do interessado.

Trata-se de concepção que, a rigor, parece mesmo ser incompatível com o postulado de que as normas processuais têm imediata incidência no tempo — e que, portanto, aplicáveis à prova seriam tão-somente aquelas em vigor no momento em que dela concretamente se cogitasse. São obstáculos que, com efeito, conflitam com a idéia de um direito adquirido à prova anterior à instauração do processo cujo objeto é a declaração do direito.⁹⁵

A discussão é, sem dúvida, relevante quando se busca determinar a natureza e o conteúdo do que tradicionalmente se convencionou chamar de *direito à prova*. Se esse for concebido como mero desdobramento da ação e da defesa, quando pensadas em seu concreto exercício tendente à declaração do direito, então, realmente parece difícil sustentar a possibilidade de se adquirir um direito anterior à existência do processo. Contudo, enxergando no direito à prova algo mais e diferente do que mero desdobramento da ação e da exceção — e, portanto, algo que não se confunde com o que aqui se aceitou chamar de *direito de provar* —, parece possível, então, falar de um direito adquirido à prova, desde que se entenda como tal um direito à obtenção e à pré-constituição da mesma.

Mais uma vez, não é preciso reconhecer natureza substancial às normas que disciplinam a prova, e nem é o caso de supor que o direito à prova, com a extensão aqui preconizada, seja um elemento do próprio direito subjetivo material, para admitir que exista um direito adquirido à prova; que se estabeleça não em relação ao processo, mas em relação aos fatos que devem ser objeto da prova. Para tanto, parece suficiente que se atente para a finalidade da prova e que se supere a idéia de que ela tem como finalidade exclusiva a de formar o convencimento do juiz.

Por outras palavras, aceitando-se que a prova seja instrumento de esclarecimento para as partes — cuja convicção, para demandar, para re-

sistir ou para buscar soluções de autocomposição, é formada a partir de tais elementos — e que, afinal de contas, a prova, para além da missão que cumpre em relação ao órgão julgador, é também um instrumento, quando menos, a serviço do escopo social do processo, então, é possível e, mais que isso, é preciso superar a estrita vinculação entre prova e processo (instaurado para a declaração do direito); o que, portanto, permite que se admita a aquisição de um direito àquela sem a necessária instauração deste.

49. *direito à prova: exclusão da produção antecipada com natureza cautelar*

Na linha de raciocínio seguida nos tópicos precedentes, ao se pro- por a existência de um direito à prova com os contornos indicados, outra exclusão precisa ser feita. Com efeito, quando se cogita daquele, não se pensa no direito à conservação da prova diante do risco de que, pelo decurso do tempo, venha a se perder (e, assim, a ter sua produção inviabilizada no momento procedimental reservado para tanto no processo instaurado para a declaração do direito). Portanto, outra exclusão que deve ser feita, para isolar e melhor delimitar o direito à prova nos moldes aqui preconizados, diz com a produção antecipada da prova mediante tutela tipicamente cautelar.

Certo que, tratando-se de antecipação da prova com o escopo de conservá-la, a pretensão deduzida efetivamente se resume a essa providência: o que pretende o interessado é exclusivamente produzir prova para futuro processo (ou fase de um dado processo já em curso), cujo objeto, por seu turno, é a declaração do direito no caso concreto. A providência, como frequentemente se diz, é satisfativa, na medida em que o pleito e a atuação estatal se esgotam na produção da prova.⁹⁶

Portanto, quando se afirma, como aqui se faz, a existência de um direito autônomo à prova (entendido como direito de obtê-la de forma não necessariamente vinculada à declaração do direito), poder-se-ia até mesmo pensar que a idéia abrangeria o direito à produção de prova com natureza cautelar, isto é, com o escopo de conservação. Não pareceria propriamente incorreto, em suma, reconhecer que existe um direito autônomo à prova — isto é, que se esgota na produção dessa última — quando a providência é pedida e concedida para evitar o perecimento da mesma.

96. Por todos, v. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Galeno Lacerda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, t. II, p. 240.

95. Sobre o tema, v. Marici Giannico, *A prova no Código Civil — Natureza jurídica*, pp. 158 e ss.

Contudo, nos casos de produção antecipada fundada em *periculum in mora* e, portanto, com a finalidade de conservação, o direito à prova surge como simples desdobramento dos direitos de ação e de defesa, entendidos não como um puro pleito de produção de uma dada prova, mas como invocação de um provimento jurisdicional acerca de certa situação da vida, pelo qual se busca (ou se buscará) a declaração do direito. A prova que se quer produzir antecipadamente é, em suma, a prova que surge como desdobramento dos direitos de ação ou de defesa, cujo exercício dar-se-á no "processo principal".⁹⁷ ainda que este não venha, por qualquer razão, a se instaurar e que, portanto, seja apenas resultado de uma projeção feita pelo demandante.

Na produção antecipada da prova cautelar, a pretensão deduzida e a atividade estatal correspondente são duplamente instrumentais: busca-se garantir a posição jurídica integrante da futura relação processual que será instaurada para a declaração do direito para solucionar uma dada crise de certeza situada no plano material.⁹⁸ E nem se diga que a falta de obrigatoriedade da propositura da dita "ação principal" descaracterizaria tal atributo, porque o que importa, para esse fim, é a assertiva do autor de que a prova que se quer conservar será, em tese, empregada em processo cujo objeto deve o autor descrever. Se a dita "ação principal" não chegar a ser intentada, isso é dado estranho à definição da natureza tipicamente conservativa da tutela prestada.

Portanto, nos casos de produção antecipada de prova cautelar não parece estar adequadamente caracterizada a procurada autonomia, porque, embora o objeto do processo seja exclusivamente a produção de uma dada providência de instrução, isso se dá apenas em função do requisito do *periculum in mora* e mediante estreita vinculação com o processo dito "principal". O direito, portanto, não é à produção da prova, pura e simplesmente, mas à produção da prova em um processo cujo objeto é diverso. A prova, aí, não deixa, como em outros casos, de surgir como manifestação dos direitos de ação e de defesa relacionados a uma dada situação substancial.

É quem eventualmente admita que a produção antecipada da prova possa ir além disso, desvinculando-se da alegação de urgência para via-

97. Que, para ilustrar com o direito positivo, deve ser indicada na petição inicial da ação cautelar, conforme regra inserta no art. 801, III, do CPC.

98. Lembrando-se que a produção antecipada cautelar também pode ser incidental, bastando que a necessidade de conservação surja depois de instaurado o processo principal, mas antes de se atingir o momento reservado à colheita da prova que se teme reste comprometida.

bilizar a descoberta, o esclarecimento e o registro de fatos (ou, por outras palavras, a uma investigação) para as finalidades aqui tão destacadas, terá, ainda que sob rótulo ou forma diversa, reconhecido a existência do direito que aqui se pretende sustentar. Nesse caso, a produção antecipada de prova, ainda que apresentada em juízo sob o título de medida cautelar, deixa de ter essa natureza se, desde logo, a pretensão deduzida não se vincula, ainda que por mera referência, a uma concreta pretensão de declaração do direito ("ação principal").

Adiante-se, desde logo, que nenhum mal se vê em dita concepção, porque, como sabido, é irrelevante o rótulo que se dê à medida, sendo decisivo determinar o correspondente objeto, entendido como o pedido e respectivos fundamentos.

Finalmente, convém ressaltar que a circunstância de, na antecipação cautelar da prova, o objeto do processo se restringir a tal providência não a equipara às situações, já tratadas, nas quais a busca e o acesso a certa pessoa ou coisa resultem de regra de direito material.⁹⁹ A prova, em hipótese essencialmente cautelar, não é prerrogativa garantida no plano material; e para pensar diferente seria preciso ou reconhecer àquela primeira uma natureza substancial ou, por outro lado, aceitar que existe um direito substancial de cautela.

50. direito à prova e certeza

Descartadas as hipóteses nas quais, primeiro, a busca e o acesso a certa pessoa ou coisa, embora possam até secundariamente desempenhar finalidade probatória, resultam do direito material e, segundo, a antecipação ou pré-constituição da prova têm finalidade cautelar (isto é, de conservação), convém examinar outros aspectos a partir dos quais seja possível confirmar a existência de um direito à prova com o objeto e a extensão aqui preconizados.

Tal exame — não será ocioso lembrar — já foi iniciado quando, partindo-se do conteúdo do que enfão se chamou de direito à prova, ali se identificou a prerrogativa de buscar e de ter acesso à prova; prerrogativa, essa, que, consoante se sustentou, pode ser associada, ainda que com as devidas cautelas, à idéia de investigação. Portanto, é nesse aspecto do que a doutrina convencionou chamar de direito à prova que, como também se procurou sustentar, reside a semente do que se pode chamar de autêntico direito à prova (ou direito à prova em sentido estrito).

Mas o exame do direito à prova pode e deve ir além. É, para tanto, útil que se examine de que forma a produção da prova — antecipada ou não — se coloca em relação ao Estado e às pessoas, para além da finalidade que tradicionalmente cumpre dentro do processo instaurado para a declaração do direito.

Nessa linha de raciocínio, convém lembrar que o tema da prova, conforme tratamento clássico que lhe confere a doutrina, é versado no contexto da busca da *verdade*, assunto cercado de aspectos filosóficos, de grande relevância para o direito, e que, sob o ângulo da técnica processual, se relaciona com o conceito de *certeza*, em duplo sentido.

De um lado, o sistema busca produzir um estado de certeza quanto às relações jurídicas, como forma de propiciar segurança. O escopo social do processo está assentado na idéia de eliminação e de imunização das controvérsias, e a certeza é dado relevante para tanto. De outro lado, o sistema deseja que as decisões estatais, elas próprias, estejam fundadas em elementos seguros; e, portanto, a certeza — além de estar contida no escopo — está também presente no caminho percorrido para se chegar às decisões estatais.¹⁰⁰ Daí a conhecida idéia de que, conforme o grau de eficiência e de suficiência dos meios empregados para se chegar à verdade, há três diferentes estados de espírito: ignorância, dúvida e certeza.¹⁰¹

Com efeito, na perspectiva da doutrina clássica, a produção da certeza jurídica — apta, em alguma medida, a assegurar o gozo e a disponibilidade dos bens, gerando confiança, exatidão e tranqüilidade nas relações humanas — é resultado a ser proporcionado pelo processo civil.¹⁰²

100. Dessa relação de duplo sentido falou Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 13ª ed., pp. 279-280. Em certa medida, a busca de uma decisão estatal fundada em critérios de certeza não deixa também de se relacionar com outro dos escopos do processo, que é o jurídico. Uma decisão assentada em premissas “verdadeiras”, quanto aos fatos e quanto ao direito, tende a ser fiel aos desígnios do direito material — e, portanto, a cumprir o escopo de atuação fiel da vontade concreta do direito objetivo.

101. Cf. Amaral Santos, *Prova judiciária no cível e comercial*, vol. I, pp. 2-3. De forma semelhante, Lopes da Costa: “Na pesquisa da verdade, o cognoscente passa por vários estados: ignorância, dúvida, propensão a afirmar, equilibrada pela propensão a negar, predominância da propensão para um ou outros daqueles sentidos e, finalmente, certeza” (cf. *A Administração Pública e a ordem jurídica privada (jurisdição voluntária)*, p. 333).

102. É o que se colhe em Chiovenna (cf. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, nn. 13, pp. 48-49, e 63, pp. 220-222), embora a “certeza jurídica” ali esteja associada à aptidão da sentença de se tornar imutável (coisa julgada material).

A atividade jurisdicional, nessa perspectiva, é invocável precisamente para a superação de *crises* situadas no plano material que, direta ou reflexivamente, se caracterizam como situações em que há carência de certeza.¹⁰³ Isso é particularmente visível na invocação da tutela meramente declaratória,¹⁰⁴ mas pode se estender também às tutelas condenatórias e mesmo às constitutivas,¹⁰⁵ que, como sabido, encerram também um elemento declaratório.¹⁰⁶

É certo que o tema da certeza, no terreno da prova, não escapa ao subjetivismo. A clássica idéia de que a certeza está no espírito, enquanto a verdade está nas coisas, bem retrata essa constatação. Se a certeza representa a superação dos motivos divergentes de certa proposição, ainda assim a desconsideração desses mesmos motivos está no espírito de quem avalia. A propósito, nem mesmo a tentativa de dar à certeza o respaldo de um “convencimento racional” — em uma espécie de juízos sucessivos — altera a aferição de que aquela primeira é um estado de

Nessa concepção, a investigação dos fatos — que, ao lado da “formulação jurídica”, compõe a atuação da vontade concreta da lei — tem papel meramente instrumental: “Declara o juiz como indiscutível a vontade concreta da lei, mas não declara como efetivamente existentes os fatos que a tornaram concreta: os fatos são o que são, e o Estado não pode pretender acreditá-los verdadeiros; não existe uma lógica de Estado” (cf. ob. cit., n. 11 e, em especial, pp. 43-44). Sobre o tema, na literatura nacional, v. Alfredo Buzard, *A ação declaratória no Direito Brasileiro*, pp. 247-248.

103. Cf. José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e processo — Influência do direito material sobre o processo*, 5ª ed., p. 35.

104. Conforme observou Cândido Dinamarco: “O fator que na vida comum das pessoas e seus negócios torna necessária e útil a tutela jurisdicional meramente declaratória são as *dívidas objetivas* que no convívio social muitas vezes surgem sobre concretas relações jurídicas. Tais são as *crises de certeza*, (...)” (cf. *Instituições de direito processual civil*, 6ª ed., vol. III, n. 907, p. 228). Na mesma linha, v. também José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e processo — Influência do direito material sobre o processo*, 5ª ed., p. 35.

105. Independentemente da modalidade de tutela prestada, a busca de segurança jurídica está ligada mais amplamente ao escopo social da jurisdição e do processo (cf. Cândido Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 13ª ed., p. 191). Amplamente sobre o tema e, em particular, ressaltando a busca de “segurança jurídica” como escopo da jurisdição, v. Walter Habscheid, “As bases do direito processual civil”, *Repro* 11-12, especialmente pp. 122 e ss. Na doutrina recente, com amplo e aprofundado exame da segurança jurídica, v. Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, pp. 61-67.

106. De forma ligeiramente diversa, João Batista Lopes observou que: “Mesmo no casos em que exista incerteza ou dúvida, não se vai a juízo para tentar desfazer”, mas, sim, “para se obter declaração com força de coisa julgada” (cf. *Ação declaratória*, p. 54). É pensamento que vincula a idéia de segurança à da imutabilidade da coisa julgada material, portanto.

espírito, porque continua a ser a avaliação intelectual dos seus motivos determinantes.¹⁰⁷

Forçoso reconhecer, assim, que à certeza, desprovida de elementos subjetivos, só se pode mesmo chegar mediante decisões imperativas, como é o caso da sentença transitada soberanamente em julgado, que define os fatos passados e declara o direito no caso concreto.¹⁰⁸ Contudo, mesmo isso não ocorre sem ressalvas.

Primeiro, embora a depender de opção legislativa, a certeza, como dado objetivo, restringe-se ao comando contido na sentença e não alcança os motivos percorridos pelo juiz para chegar à conclusão. Portanto, nesse contexto, certeza existe apenas em relação ao comando e aos elementos de fato e de direito imprescindíveis para sua subsistência.¹⁰⁹ Assim sendo, e ressalva feita a eventual opção legislativa, em relação às questões de fato ou de direito resolvidas incidentalmente pela sentença e que surjam em novo processo, abre-se novamente espaço para o subjetivismo. Segundo, tomando-se a mesma referência, a certeza quanto ao comando contido na sentença pode ceder diante de fatos, certo que marcadamente excepcionais, mas ainda assim aptos a superar a imutabilidade da coisa julgada material, mesmo após o decurso de prazo para eventual ação rescisória.¹¹⁰

Sob essa perspectiva, talvez só o término da atuação dos meios executivos e a consequente entrega do bem devido ao credor sejam mesmo capazes de estabelecer certeza, com nota de mais rigorosa objetividade.¹¹¹ Mesmo assim, mais uma vez ainda seria possível entrever res-

107. A idéia de convencimento como juízo sucessivo à certeza encontra-se na obra clássica de Malatesta (*A lógica das provas em matéria criminal*, pp. 59-60).

108. Nessa constatação encontra raízes a assertiva cética de que *o direito é aquilo que o juiz diz ser o direito*.

109. Incluindo-se aí, é certo, a certeza a propósito não apenas do que se discute, mas também do que poderia ser discutido, conforme regra de eficácia preclusiva constante, entre nós, do art. 474 do CPC.

110. Remetemos ao nosso *Ação rescisória - Juízos rescindente e rescisório*, pp. 240 e ss.

111. Não se confunde com a incerteza apontada no texto aquela relativa à efetiva satisfação do credor, quando a dívida resulta de limites referentes ao patrimônio penhorável do devedor, nas execuções por quantia. A questão, na realidade brasileira, é particularmente relevante, sob ótica quicã sociológica, no que diz respeito aos créditos ostentados contra a Fazenda Pública. Nesses casos, firmado o entendimento do STF, segundo o qual não é possível intervenção fundada em mero inadimplemento do ente público (não-pagamento de valores já objeto de ofícios requisitórios regularmente expedidos e cujo prazo já decorreu), a incerteza sobre o recebimento

salvas, quer porque seja caso de execução provisória, quer, mesmo, em hipóteses de execução considerada como definitiva, mas nas quais existe a possibilidade de um juízo desfavorável ao exequente mesmo depois de proporcionada a satisfação,¹¹² como é o caso das execuções fundadas em título executivo extrajudicial.¹¹³

Dessa forma, a certeza — ressalva feita ao caráter objetivo que decorre da sentença soberanamente transitada em julgado — traduz-se, em termos mais realistas, não mais que em probabilidades; e, portanto, na avaliação de riscos.¹¹⁴ Isso, em certa medida, é válido para o juiz, que, diante da dificuldade ou, mesmo, da impossibilidade de atingir a certeza, forma sua convicção, no tocante aos fatos, a partir do que reputa ser o mais provável. Mas isso é igualmente válido para as partes, que, antes da decisão, nutrem não mais que expectativas em relação ao desfecho de um dado processo. Em relação a elas a certeza traduz-se na elevada probabilidade ou, em certo sentido, na previsibilidade de uma decisão favorável ou desfavorável.

Por outro lado, se a certeza virá, quando muito, com o trânsito em julgado da sentença, não menos correto é constatar que o desenvolvimento do processo — e, dentro dele, da fase de instrução — é fator relevante na formação do convencimento dos litigantes acerca do desfecho que se possa dar à controvérsia. As diferentes fases de um dado processo

é algo que coloca o cidadão diante da ausência de comprometimento do Estado em assegurar o cumprimento de seus próprios comandos. Mas, como dito, aí, a questão, embora inicialmente situada no plano jurídico, passa para o campo político e sociológico.

112. Casos em que os atos de alienação, especialmente na medida em que afetem terceiros, reputam-se irreversíveis, resolvendo-se a questão mediante tutela meramente reparatória. Assim, na doutrina: Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IX, pp. 434-435; Humberto Theodoro Jr., *Curso de direito processual civil*, vol. II, pp. 23-24; Teori Albino Zavascki, *Processo de execução - Parte geral*, p. 442, e *Comentários ao Código de Processo civil*, vol. VIII, pp. 243-244; Paulo Henrique dos Santos Lucon, *Eficácia das decisões e execução provisória*, pp. 418-419; Antônio de Pádua Soubhrie Nogueira, *Execução provisória da sentença*, p. 210.

113. Lembre-se, a propósito, que a redação dada pela Lei 11.382/2006 ao art. 587 do CPC tornou prejudicada a Súmula 317 do STJ, segundo a qual seria "definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos". Na vigência da nova disposição, a execução prosseguirá como definitiva, em sentido contrário ao que está no texto legal, se os embargos não forem recebidos com efeito suspensivo.

114. Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 13ª ed., p. 281.

vão estabelecendo — por diferentes caminhos — a definição dos fatos e do direito, proporcionando a superação da ignorância e da dúvida; ainda que, mais uma vez, e invariavelmente, de forma subjetiva.

Para isso pesarão, por exemplo, os termos da demanda inicial, sabido que o órgão julgante está adstrito aos termos da causa de pedir e do pedido. Nesse contexto, é possível que o autor vá muito além do que pudesse supor o réu ou, diversamente, que pretenda ou alegue fatos que fiquem aquém de tal expectativa. Inversamente, pela via reconvenção ou outra que lhe faça as vezes,¹¹⁵ é possível que o réu adote conduta de contra-ataque, que deverá ser levada em conta — e talvez não tivesse sido antes — pelo autor. Portanto, os termos da demanda inicial e, mais amplamente, dos atos postulatórios, que determinam o objeto do processo, contribuem para a avaliação das chances e dos riscos e interferem com as dúvidas e certezas nutridas pelas partes, porque, a partir daí, elas sabem o que — e por quais fundamentos — seu adversário pretende (inclusive implicitamente, quando isso é permitido pelo sistema). Assim, ressalvas feitas ao que o órgão julgador possa conceder de ofício, as partes têm certeza dos limites de uma eventual procedência da demanda, embora remanesça dúvida a propósito do que não foi mas poderia ter sido objeto de outra, que poderá vir a ser ajuizada no futuro.

A prova, de sua parte, tem papel relevante na passagem de um daqueles mencionados estados para o outro. Se tal ou qual fato, na avaliação de uma das partes, “está provado”, então, é possível prever — ainda que isso não signifique aceitar — a solução que será dada no caso concreto. Na generalidade dos casos a existência desta ou daquela prova não representa a certeza de uma sentença com este ou aquele conteúdo. Se a própria sentença (mesmo que transitada em julgado), como visto, pode não ser apta a estabelecer a certeza, tanto menos se pode dizer de um elemento que é, por assim dizer, instrumental e que deverá ser antes considerado justamente para que se chegue a uma decisão. Ainda assim, mesmo em casos em que a prova não seja de tal forma cabal se considerados os termos e a natureza da controvérsia, sua definição é fator determinante para a formação da convicção das partes acerca de suas expectativas quanto ao resultado do processo.¹¹⁶

¹¹⁵ Pensa-se no pedido contraposto ou nas chamadas *ações duplícies*.

¹¹⁶ Embora tratando especificamente da exibição de documentos, mas de forma proveitosa para a teorização que se busca no texto acima, Ernane Fidélis dos Santos relacionou *antecipação da prova e certeza*. Situando aquela como apta à superação de “simples suspeita” ou de “incerteza objetiva”, em hipóteses nas quais “o agente está ciente do fato, mas é incapaz de demonstrá-lo”, referido processualista

Ora, se é certo que a atividade jurisdicional — nos meios que emprega ou, mesmo, no resultado que persegue — procura superar incertezas e propiciar segurança, não há como negar a existência de um ponto comum entre a invocação de um ato que declara o direito no caso concreto (e à qual se chega mediante o exercício do direito de ação), de um lado, e o pleito de produção de uma dada prova, de outro: se o que busca a atividade jurisdicional é superar crises de certeza e se a prova — ainda que com um grau de eficiência reconhecidamente inferior — é apta, em alguma medida, a produzir esse resultado (especialmente quando se pensa na convicção das partes, e não apenas do juiz), então, parece lícito afirmar que a produção da prova, vista que seja de forma autônoma (desvinculada da declaração do direito), oferece resultado relevante e útil tanto para o Estado quanto para as pessoas que protagonizam determinado estado de incerteza.¹¹⁷

5.1. segue: caráter preventivo da declaração do direito, da atuação jurisdicional e da produção autônoma da prova

Em alguma medida, a comunhão referida no final do tópico precedente é prestigiada pelo reconhecimento do caráter preventivo que a doutrina clássica atribuiu — não sem contestações ou reparos — à mera declaração do direito:¹¹⁸ admitindo-se seja essa, em alguma medida, capaz de prevenir o ilícito, análoga função pode ser divisada na mera produção da prova, de forma antecipada e autônoma, perante o órgão judicial.

fala no interesse da pessoa “na definição de seus direitos e obrigações” (cf. *Manual de direito processual civil*, vol. II, pp. 353-354).

¹¹⁷ Nas palavras de Dinamarco, a atividade declaratória do juiz “constitui exercício de típica *função reveladora*, equiparável à do técnico fotográfico que, com os banhos químicos a que submete os filmes já expostos à luz, provoca o surgimento de retratos ou paisagens que lá estavam previamente, mas não eram visíveis” (cf. *A instrumentalidade do processo*, 13ª ed., p. 228). É idêntia posta no contexto da determinação dos escopos da jurisdição, alinha-se com uma visão dualista do sistema e, embora seu propósito não seja esse, presta-se a evidenciar que a função “reveladora” — também presente, de alguma forma, na produção da prova — está ligada à busca da segurança jurídica.

¹¹⁸ Quanto ao caráter preventivo da sentença meramente declaratória, com amplo exame da doutrina clássica de Chiovenda e de Camelutti (esta, variável no tempo, dado que gravitando em torno do conceito de *litis*) e de outros que vieram depois, v.: Lucio Lanfranchi, *Contributo allo studio dell'azione di mero accertamento, passim*, e, em tempos mais recentes, Luigi Montessano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, nn. 41, pp. 115 e ss., e 44 e ss., pp. 125 e ss.

Aliás, o confronto assim proposto parece ser oportuno: enquanto a idéia de um caráter preventivo da sentença meramente declaratória declinou ao longo do tempo (desde a concepção da ação como direito autônomo), paradoxalmente firmou-se mais recentemente a convicção de que a antecipação da prova (que aponta para a existência de um direito à prova autônomo) pode ter e tem relevante finalidade preventiva (não exatamente cautelar), na medida em que proporciona às partes esclarecimentos quanto aos fatos e quanto às chances em futuro processo (aparelhado para a declaração do direito), permitindo um ingresso em juízo mais seguro ou, por outro lado, contribuindo para soluções de caráter consensual, isto é, não impostas pelo Estado.¹¹⁹

Com relação ao caráter preventivo da sentença meramente declaratória, sem que possa ser inteiramente desmentido ou desconsiderado,¹²⁰ ele pode e deve ter sua concepção vista e entendida no correspondente contexto histórico, no qual se buscava afirmar a autonomia do direito de ação, desvinculando-a do direito material. O relativo e progressivo desprestígio dessa perspectiva doutrinária pode ser explicado, por outro lado, a partir da busca e da identificação de outros mecanismos verdadeiramente aptos a proporcionar uma tutela preventiva.¹²¹

Mas a invocação, agora mais amplamente, do caráter preventivo da atuação jurisdicional sugere desdobramentos relevantes para a investigação aqui proposta.

Sobre isso, é útil lembrar a preocupação da doutrina recente em extrair da garantia da ação e da inafastabilidade do controle jurisdicional (agora, não mais apenas da sentença meramente declaratória) um “princípio geral de prevenção” — que não se limita à proteção tipicamente cautelar —, apto a abarcar a efetiva tutela de todas as “situações conflitu-

119. Dentre outros, v., infra, n. 55.

120. Sobre o que qualificamos então de “efetividade” da tutela meramente declaratória, em particular da declaratória negativa, entendida como aptidão de dispensar novas formas de atuação estatal, v. nosso “Tutela jurisdicional meramente declaratória”, *RePro* 76/52, em posição que mereceu a adesão de João Batista Lopes (cf. *Ação declaratória*, v., ainda, na literatura nacional, José Carlos Barbosa Moreira, *Temas de direito processual*, Terceira Série, p. 103; José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 5ª ed., p. 174; e João Batista Lopes, *Ação declaratória*, p. 46.

121. A respeito do tema, com amplas referências doutrinárias e considerações em parte coincidentes com o que se disse no texto acima, e enfatizando a ideologia liberal em que desenvolveu a teoria da ação como direito autônomo, v. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória (individual e coletiva)*, pp. 238-240 e 342-347.

vas concretas”.¹²² É idéia que está ligada a outra, mais ampla, pela qual se pretende dar ao direito de ação uma amplitude que faça do processo — “justo e equo” — um efetivo instrumento de solução de conflitos, apto a proporcionar uma ordem jurídica justa, mediante garantias de meios e de resultados.¹²³

Certamente, não se pretende, aqui, equiparar o caráter preventivo que se possa divisar na produção antecipada e autônoma da prova (não-cautelar), de um lado, e aquele presente em medidas de natureza destinadas a evitar a ocorrência de dano ao direito. A prevenção identificada pela doutrina na produção antecipada e não-cautelar da prova atua, realmente, de forma diversa, na medida em que, como já salientado, permite às partes a avaliação de riscos e de chances no processo aparelhado para a declaração do direito, estimulando soluções por auto-composição e, dessa forma, afastando ou minimizando a necessidade do julgamento estatal. “Prevenir”, aí, significa, essencialmente, atuar sobre os termos da controvérsia e estimular sua solução não-imperativa ou, quando menos, um ingresso em juízo mais seguro. Portanto, realmente não é possível tratar as duas situações como se fossem idênticas e como se ambas fossem espécies de tutela preventiva.

Também não se poderá, exceto se com ressalvas, equiparar a antecipação da prova de forma autônoma e não-cautelar, de um lado, à antecipação da tutela, entendida esta como a produção, total ou parcial, dos efeitos substanciais da sentença de mérito, de outro lado. Isso é dito não exatamente porque não se possa qualificar a prova produzida de forma antecipada como autêntica forma de tutela jurisdicional. Tal enquadramento parece ser possível, a depender da extensão que se dê a esse último conceito.¹²⁴ Na verdade, a distinção resulta de que as razões que justificam as duas espécies de providências assim postas em confronto são diversas.

Na antecipação da tutela, diante da presença de relevantes elementos de cognição acerca dos fatos e do direito invocados,¹²⁵ a providência

122. Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória (individual e coletiva)*, pp. 71-81 (a expressão entre aspas está na p. 80).

123. São idéias expostas, entre nós, por José Roberto Bedaque, a partir de extenso e aprofundado exame da doutrina recente, dedicado a determinar o alcance da garantia da ação e do correspondente controle jurisdicional (cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 5ª ed., pp. 64 e ss., especialmente pp. 65, 68 e 74-75).

124. V. Capítulo VI, n. 83.

125. Entre nós designada pela expressão “prova inequívoca”, apta a convencer “da verossimilhança da alegação”, constante do caput do art. 273 do CPC.

justifica-se ou pelo perigo da demora – e da conseqüente inutilidade do provimento se concedido apenas ao final do processo – ou pelo abuso do direito de defesa, também ele apto a gerar um dano para a parte que ostenta um interesse protegido no plano material.¹²⁶ A antecipação da tutela é, em suma, uma técnica pela qual se atribui o ônus do tempo do processo em desfavor do adversário daquele que ostenta um direito provável.¹²⁷

Já na hipótese de antecipação não-cautelares da prova não se justifica a prévia exigência de certeza quanto aos fatos ou ao direito alegado. Pelo contrário, o que referida providência busca é justamente propiciar elementos para que as partes possam avaliar suas chances e riscos, determinando sua conduta em relação à controvérsia. Além disso, a finalidade da medida não é, seguramente, a de combater o *periculum in mora*, por que, para tanto, a técnica cautelar é adequada e suficiente.

Certo que, no confronto com a antecipação da tutela, talvez se possa divisar na produção antecipada da prova não-cautelares uma forma, quando menos, análoga de combate ao “dano marginal” que resulte da duração do processo.

Com efeito, na medida em que a prova se preste à avaliação de chances e riscos pelas partes, o mecanismo em questão pode contribuir para afastar a decisão judicial e, portanto, o processo e o tempo necessários para tanto. Certo que no caso da mera produção da prova não se proporciona a uma das partes a fruição do bem da vida que decorre da produção antecipada de efeitos substanciais da sentença de mérito. No caso da antecipação da tutela a duração do processo perde seu potencial danoso em relação ao beneficiário da providência, e o risco de dano (ou dano efetivo, ainda que “marginal”) passa a pesar contra aquele em desfavor de quem a medida foi deferida. Na antecipação da prova o que se quer evitar é justamente a duração do processo. Mas, por caminhos diferentes, ambas as técnicas chegam, nesse aspecto, a resultados semelhantes.

Seja como for, estabelecidas que sejam – como devem, mesmo, ser – essas relevantes diferenças, não há como negar que o caráter preventivo que se reconheça à produção antecipada da prova não-cautelares merece, sem risco de excessiva generalização ou de perda de rigor ter-

126. Cf. José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 5ª ed., pp. 301-302.

127. Cf. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*, pp. 29-30.

minológico, ser inserido no “princípio geral de prevenção” de que fala a doutrina; ainda que sabidamente essa não tenha sido a preocupação que levou à sistematização de medidas de caráter preventivo – opostas às de cunho repressivo – e distintas das medidas de cunho essencialmente cautelar.

Mais que isso: a perspectiva mais abrangente do direito de ação, tal como vista anteriormente, afeiçoa-se ao reconhecimento de um direito de produzir prova autonomamente, sem natureza propriamente cautelar, porque providência de tal ordem, na medida em que exerce a função preventiva descrita, pode e deve ser entendida como abrangida pela amplitude dos meios predispostos pelo Estado para uma efetiva resolução de controvérsias. A produção da prova na forma alvirada é, inegavelmente, um instrumento, ainda que indireto, apto a contribuir para a tutela dos interesses reconhecidos no plano material, se vista a garantia da ação em uma perspectiva ampla suficiente a abarcar todos os meios colocados pelo Estado para superação dos conflitos.¹²⁸

Isso parece tanto mais correto quando se constata, como se pode fazer na realidade brasileira, que o próprio Estado, embora sem, obviamente, impor, estimula – quando não cobra¹²⁹ – uma postura dos cida-

128. Sobre esse ponto, v., infra, n. 55, ao se tratar do caráter jurisdicional da atividade de produção autônoma de prova, especialmente diante do escopo social de eliminação da controvérsia.

129. Significativa, apenas com o objetivo de ilustrar, as decisões de primeiro grau editadas pela Justiça de São Paulo (ao que se pôde apurar, de forma padronizada) como, por exemplo, a publicada no *DOSP* 5.3.2007. Ao convocar as partes para sessão de conciliação, especialmente designada para essa finalidade e perante órgão diverso daquele em que a causa era processada, tal decisão invocou os termos de “ordens de serviço” (nn. 01/2004 e 06/2005) para consignar que, segundo “disposições do art. 14, inciso II, do CPC, é dever do advogado agir com lealdade processual e boa-fé, bem como, e ainda, conforme preceituado no art. 17, inciso IV, do CPC, o bom andamento processual não deve ser obstaculizado injustificadamente, o que implica, em conseqüência, o comparecimento à audiência ora designada, não só por atender às intimações para comparecimento em audiências represente conduta de lealdade processual, como, também, a ausência às mesmas, injustificadamente, representará obstáculo ao bom andamento processual, em vista do tempo e trabalho havidos pelo juízo com a referida designação. Ademais, registra-se que, considerando que a conciliação atende, indubitavelmente, ao interesse público, e sendo dever ético do advogado estimular a conciliação entre as partes, conforme disposição do art. 2º, parágrafo único, incisos II e VI, do Código de Ética da OAB, o *comparecimento do advogado e das partes é obrigatório*, sendo que eventual ausência deverá ser justificada documentalmente, em cinco dias” (grifos do original). Sem embargo de eventual boa intenção, os termos parecem ser, evidentemente, inadequados.

dão aberta a soluções pelos chamados meios alternativos de solução de controvérsias, tais como a conciliação e a mediação.

Nesse contexto, não parece lícito esperar dos cidadãos que estejam dispostos a transigir, a renunciar ou a se submeter à pretensão de outrem tão-somente por conta de eventual espírito cívico, por altruísmo ou por convicções outras; que nem mesmo de "morais" poderiam ser qualificadas, na medida em que, afastada ou muito limitada pelo sistema a autotutela, é eticamente correto esperar e exigir que o Estado resolva, adequada e tempestivamente, os conflitos de interesse. Assim, a produção da prova de forma preliminar e autônoma dá aos interessados elementos para que possam alcançar soluções não-imperativas. E, sabido que tais soluções correspondem ao interesse do Estado, a atuação tendente a proporcionar meios objetivos de solução de controvérsias insere-se na idéia da busca de uma ordem jurídica justa, através de um processo equo.

Portanto, parece lícito dizer que a afirmação de um direito à prova autônomo — entendido como prerrogativa de invocar do Estado atuação que se limite à produção ou pré-constituição de certa prova — se harmoniza com o direito de ação visto em sua perspectiva mais ampla e moderna. Quando menos, será possível dizer que o direito à prova é prerrogativa que se pode extrair do direito de ação; não propriamente aquele exercitado para obter a declaração de certo direito, mas exercitado tão-somente para que certa prova seja produzida.

E, como a produção da prova consiste essencialmente em atividade cognitiva, embora não redunda em uma declaração do direito no caso concreto, não parece ser despropositado também associar o direito à prova — de forma antecipada e autônoma (não-cautelar) — à concepção de devido processo legal entendido como direito a uma "adequada cognição".¹³⁰ Cognição que, aí, embora não envolva a declaração do direito, desenvolve-se para mostrar, explicitar, fixar e documentar.¹³¹

130. A propósito, esta é a lição de Kazuo Watanabe: "O direito à *cognição adequada* à natureza da controvérsia faz parte, ao lado dos princípios do contraditório, da economia processual, da publicidade e de outros corolários, do conceito de 'devido processo legal', assegurado pelo art. 5º, LIV, da CF. "Devido processo legal" é, em síntese, processo com procedimento adequado à realização plena de todos esses valores e princípios" (cf. *Da cognição no processo civil*, pp. 142-143). De forma análoga, v. Ada Pellegrini Grinover, *O processo — Estudos e pareceres*, p. 331.

131. Assim, expressivamente, Pontes de Miranda, ao tratar da cognição que se contém nas ações de produção antecipada de prova (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. XII, p. 255).

Ressalve-se que o reconhecimento de um direito à prova autônomo — dissociado da declaração e também sem função cautelar — não significa admitir que se trate de direito incondicionado, porque à base de toda e qualquer postulação há de existir o legítimo interesse, evidenciado pelos indicadores *necessidade e adequação*, consistente na utilidade que a providência pretendida tenha para o autor e também para o interesse público (ou social). Por outras palavras, pensar em um direito à prova autônomo — entendido como direito à pré-constituição da medida de instrução — não significa reconhecer a perda do caráter instrumental da prova.

52. segue: prova e influência

A assertiva — contida em tópico precedente — de que há um ponto comum entre a declaração do direito, de um lado, e a produção de prova, de outro, consistente na busca de certeza e de segurança, poderia ser objetada ao argumento, para o qual já se acenou, de que, no âmbito da jurisdição, somente se chega à certeza — e, portanto, à segurança — pela imutabilidade da coisa julgada material; conceito que, ademais, e quando muito, se afeiçoa à declaração do direito, e não exatamente à mera produção da prova.¹³²

Sem prejuízo das considerações precedentes, outras merecem ser feitas para demonstrar que o óbice assim levantado não é suficiente para descartar, por si só, a existência de um autônomo direito pelo qual se possa, de forma útil, invocar a intervenção estatal simplesmente para a produção de certa prova. Adiantando-se: se a prova, desligada da declaração do direito pela sentença, não vincula, é inegável, contudo, e de outra parte, sua capacidade de influência sobre as partes.

Desde logo, convém ter em mente que a imutabilidade da coisa julgada não é, em termos mais rigorosos, elemento conceitual da jurisdição e decorre, antes, de uma opção política. Ditada que é por uma exigência prática, de inegável relevância na pacificação dos conflitos, não deixa a coisa julgada, contudo, de ser uma construção do direito positivo.¹³³

132. Se considerado dado processo em que proferida dada sentença, a imutabilidade da prova — na medida em que se liga à resolução das questões de fato — decorre da eficácia preclusiva da coisa julgada, sempre nos limites do objeto do processo e da decisão que o enfrentou. Apenas nessa medida é que se poderia falar em imutabilidade dos efeitos da prova produzida.

133. Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 13ª ed., pp. 145-146, especialmente notas 168 e 169. V., a propósito, Walter Habscheid,

Portanto, ainda que se reconheça que a estabilidade das decisões é muito relevante para a consecução dos escopos da jurisdição, o direito de invocar uma sentença de mérito, sob o ângulo conceitual, não é necessariamente o direito de invocar um provimento que se torne imutável. Ademais, o caráter imperativo do comando estatal, a possibilidade de sanção e de coerção não decorrem da imutabilidade,¹³⁴ sendo inconfundíveis para a ciência processual, há muito, os conceitos de *eficácia da sentença* e de *autoridade da coisa julgada*.

Além disso, se a produção da prova não é apta, por si só, a estabelecer certeza equiparável àquela que decorre da declaração contida na sentença transitada em julgado, nem por isso se pode negar que, no pleito dirigido ao Judiciário de produção de prova, haja invocação de exercício de poder;¹³⁵ cujo resultado, em alguma medida, impõe sujeição aos respectivos destinatários e, também de alguma forma, produz certeza — ou, quando menos, e como dito, é capaz de influenciar.

Com efeito, embora seja lícito aos interessados, fora do processo estatal jurisdicional, praticar atos de pré-constituição de certa prova (o que, em muitos casos, decorre de exigências situadas no plano do direito material, pela forma exigida pela lei para determinados negócios jurídicos), é inegável que a produção da prova pode recomendar ou até mesmo exigir intervenção estatal que, de alguma forma, se imponha às pessoas.¹³⁶

É pensar, nessa última situação aventada, na intimação que se faça a alguém para prestar depoimento pessoal: ainda que seja dado ao destinatário do comando desconsiderá-lo, sujeitar-se-á ele a certas consequências que, sem a intervenção estatal, não se produziriam. De forma

no Relatório-Geral apresentado ao Congresso Internacional de Direito Processual de Gand (Bélgica), na década de 70 do século passado, no qual se acentua que, na linha de diferentes relatórios nacionais, a autoridade da coisa julgada é o “meio técnico-jurídico através do qual o direito ou, melhor dizendo, a pretensão, uma vez estabelecida, ou então negada, será respeitada em cada processo, no futuro. Assim, não há relação de fins para meios entre a autoridade da coisa julgada e o processo” (cf. “As bases do direito processual civil”, *Repro 11-12/122*). Na doutrina mais recente, confirmando a dissociação entre os conceitos de *jurisdição* e de *coisa julgada*, v. Eduardo Talamini, *Coisa julgada e sua revisão*, pp. 47-53.

134. Substancialmente de acordo, v. Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 13ª ed., pp. 145-146.

135. Relacionadas ao tema, mais adiante são feitas considerações sobre a natureza jurisdicional — e, portanto, com caráter substitutivo — da atividade empreendida pelo Judiciário ao ensejo da produção antecipada da prova.

136. V., *infra* n. 55.

análoga, figure-se a oitiva de testemunhas, cuja convocação e oitiva até poderiam ser feitas diretamente pelas partes, que, contudo, não dispõem da prerrogativa de conduzi-las de forma coercitiva. É pensar, enfim, no caráter imperativo de medidas necessárias à exibição de documentos ou à apresentação de informações ou de coisas sujeitas a vistoria ou exame, tanto mais nos casos em que vigorem garantias de sigilo que só mesmo com a intervenção estatal pode ser superado.¹³⁷

Exercitado o poder estatal, o resultado é algo que se impõe às partes — e, a rigor, ao próprio Estado — como um fenômeno consumado. A realidade, depois da produção da prova, está alterada, e isso não pode, em termos fenomênicos, ser modificado. Lembre-se que, afinal de contas, a produção de prova de forma antecipada não se limita ao registro de determinados fatos. Ao menos em alguma medida, a produção antecipada da prova funciona como verdadeira investigação; e, sob esse prisma, mais que registrar fatos, ela os revela para o interessado. O exemplo da requisição de informações mediante quebra de sigilo bancário ou fiscal é disso uma demonstração eloquente.¹³⁸

Ademais, ainda sob esse prisma, com a produção da prova passa a haver uma “verdade processual” que, embora ainda não tomada como premissa de um julgamento pelo juiz, está constituída.¹³⁹ Sob esse aspecto, o resultado da atividade estatal pode até mesmo ser, mais adiante, formalmente ignorado ou desconsiderado quando da declaração do direito (e respectiva fundamentação) no caso concreto. Contudo, uma vez que se trava contato com a prova produzida, a marca sobre o espírito é algo que humanamente não se pode mais desconsiderar, ainda que objetivamente se pretenda dizer o contrário. Para ilustrar, lembre-se, a pro-

137. V., *infra*, n. 59.

138. Interessante situação foi apreciada pelo TRE/SP a propósito do tema. O Ministério Público Eleitoral, de posse de informações acerca de doações feitas por determinadas pessoas jurídicas a candidatos (informações extraídas de prestação de contas de campanha apresentadas por estes últimos), requisitou diretamente junto à Receita Federal, sem intervenção do Judiciário, informações acerca do faturamento das empresas doadoras, para aferir eventual violação aos limites da lei eleitoral. Apurado o excesso da doação, foram formuladas pelo Ministério Público representações tendentes à imposição das correspondentes sanções. Contudo, o entendimento majoritário do citado Tribunal foi pela improcedência das demandas, ao argumento da ilicitude da prova (cf. Acórdão 158.538, de 19.7.2008, rel. Flávio Yarshell). A propósito do que está dito no texto, é de se indagar se a renovação do pleito seria possível diante de eventual sucessiva quebra de sigilo, agora autorizada pelo órgão judicial.

139. Em termos semelhantes, embora em contexto diverso, v. José Frederico Marques, *Manual de direito processual civil*, vol. II, pp. 247-248.

pósito da prova ilícita, que se preconiza em sede doutrinária não bastar excluí-la dos autos, sendo imprescindível impedir que julgue aquele que travou contato com a mesma.¹⁴⁰ Tal se dá diante do reconhecimento de verdadeira “contaminação” que ela é apta a produzir (não apenas sobre outros elementos de prova).¹⁴¹ Tudo a gerar uma presunção absoluta de parcialidade.¹⁴² Tal impedimento, aliás, chegou a constar, entre nós, de proposta de alteração legislativa,¹⁴³ e, conceitualmente, reforça a idéia de que a prova, tanto que produzida, impõe-se como realidade concreta para todos quantos tomem conhecimento do respectivo conteúdo.

Mais ainda: após regular observância do devido processo legal e depois de resolvidas eventuais questões que surjam a respeito da produção da prova (não propriamente do respectivo conteúdo), por força da preclusão, somente de forma excepcional poderão os interessados negar sua validade e eficácia, não parecendo despropositado cogitar-se, nesse assunto, das hipóteses que autorizam a rescisão da sentença de mérito, conforme, entre nós, dispõe o art. 485 do CPC.¹⁴⁴

140. Assim, de forma expressiva, Santiago Sentís Melendo, ao indagar se, diante da prova ilícita, seria suficiente eliminá-la (e as provas produzidas a partir delas) dos autos, respondeu negativamente: “La única manera correcta me parece que será eliminar del proceso al juez, separarlo de los autos en que tales elementos figuran y que él no ha podido por menos de haber conocido. Eliminar todas esas pruebas y dejar como juzgador a quien ha tomado conocimiento de ellas no parece una solución aceptable. La solución drástica sería anular todo lo actuado y separar al juez que ha intervenido hasta entonces, para que su sucesor, sin conocimiento de esos elementos probatorios, pueda juzgar con absoluta imparcialidad” (cf. *La prueba – Los grandes temas del derecho probatorio*, pp. 228-229).

141. Cf. Oswaldo Trigueiro do Valle Filho, *A ilicitude da prova*, pp. 351-353.

142. Cf. Ricardo Rabonezc, *Provas obtidas por meios ilícitos*, pp. 72-73.

143. Que chegou a ser aprovada pelo Congresso Nacional (Lei 11.690/2008), mas que acabou vetada pelo Executivo (Mensagem 350, de 9.6.2008) ao argumento – nada convincente – de que a regra seria contrária ao espírito de celeridade e simplicidade da Reforma. A propósito, ainda referindo-se ao outoro projeto de lei, v. Ada Pellegrini Grinover, *O processo – Estudos e pareceres*, p. 284.

144. O assunto é conceitualmente importante. Em princípio, diante da prova produzida antecipadamente e que possa padecer de vícios que maculem sua validade, não seria caso nem de a desconstituir (“rescindir”), nem, por outro lado, de aceitá-la simplesmente se convalida. Produzida no curso de processo instaurado para a declaração do direito ou produzida de forma antecipada e autônoma, eventual invalidade da prova se resolve ou na sua pura e simples desconvalidação ou, se e na medida em que possível, na repetição do ato. Contudo, não é possível simplesmente ignorar a circunstância de que, quando produzida de forma antecipada, o fim do processo – cujo objeto, afinal de contas, é exclusivamente a própria prova – deve levar, quando menos, ao fenômeno da coisa julgada formal. Por outro lado, na linha

Ademais, a vinculação das partes à prova produzida – ao menos em seus aspectos extrínsecos – é autorizada pela oportunidade de participação sob o crivo do contraditório. Com efeito, sendo destinatários da prova a ser produzida, a eficácia desta exige a presença dos interessados. Essa participação, ao mesmo tempo em que se apresenta como condição de eficácia da prova, revela-se como fator de legitimação do resultado da atividade estatal.

Certo que as partes poderão (e a experiência comum confirma isso) valorar a prova produzida – e mesmo os fatos que ela revele – sob enfoques distintos. Sob esse prisma, a prova produzida, vista, agora, em seu aspecto intrínseco, não vincula os interessados, e eles são livres para insistir nas posições assumidas diante da controvérsia. Não há, nesse aspecto, sujeição das partes à prova produzida.¹⁴⁵ Pior, até: seja qual for sua avaliação da prova, sendo o caso de seu aproveitamento em futuro processo, o que há de prevalecer não será necessariamente a valoração das partes, mas aquela a ser dada pelo órgão julgador, a quem – não se nega – deve ser reconhecida, inclusive, a prerrogativa de desconsiderar a prova produzida e ordenar sua repetição ou complementação (desde que isso seja possível).¹⁴⁶

Contudo, podem e devem ser situadas em planos distintos a validade de certa prova produzida em juízo, de um lado, e a valoração que possa merecer, de outro.

A prova regularmente produzida, ainda que de forma autônoma, impõe-se às partes, em situação de autêntica sujeição. Mesmo que, produzida certa prova de forma preliminar e autônoma, se entenda primeiramente possível e, depois, necessário ou simplesmente conveniente do quanto sustentado neste trabalho, parece pouco dizer que a prova produzida antecipadamente teria uma eficácia apenas processual e que, portanto, não projetaria efeitos substanciais para fora do processo no qual produzida. Portanto, ressalvada a (difícil) constatação, em dada situação concreta, do interesse de agir, não parece possível descartar-se, por completo, o cabimento de ação rescisória nesses casos. Aliás, o tema é complexo, porque, nesse caso, se poderia cogitar do cabimento de ação anulatória, nos termos do art. 486 do CPC.

145. Para ilustrar, pense-se em prova pericial produzida autonomamente da qual resulte a taxativa negação de determinada relação de paternidade, acerca da qual paira dúvida. Não se pode impedir que, nessa e em outras hipóteses em que a controvérsia está ligada a ciências exatas, aquele que afirma a paternidade venha a juízo e invoque sentença declaratória da paternidade, nem parece ser caso de indeferimento liminar da petição inicial.

146. O tema está diretamente ligado ao dever das partes de consideração da prova produzida antecipadamente. V., supra, Capítulo IV, n. 40.

repeti-la,¹⁴⁷ agora no bojo do processo aparelhado para a declaração do direito, ainda assim aquela primeira permanecerá como uma realidade imutável, prestando-se, inclusive, a interferir na valoração da produção subsequente. É pensar na testemunha cujas declarações posteriores confirmem ou conflitem com o que foi dito anteriormente. É pensar também nos elementos colhidos por um perito no confronto com outros, produzidos em anterior prova técnica.¹⁴⁸

Mesmo pensando no conteúdo da prova produzida, estabelecida a premissa de que, com a consumação do ato, se criou uma nova situação no mundo real e na vida das pessoas, embora não se possa falar exatamente em sujeição dos interessados, não se pode, por outro lado, negar sua capacidade de *influência*.

A questão é relevante quando se busca determinar se existe um direito de invocar do Estado a produção autônoma de determinada prova, na medida em que o exercício do poder também atua mediante esse tipo de interferência.¹⁴⁹ Nesse terreno, a prova parece estar para as questões de fato assim como os precedentes estão para as questões de direito: em ambos os casos, podem os interessados conhecer os riscos que correm,¹⁵⁰ tanto mais quando há uniformidade de entendimento a respeito de determinada questão.¹⁵¹

Mais ainda: a prova presidida por terceiro imparcial e sob os cânones do devido processo legal ganha em legitimidade¹⁵² e, portanto, tende

147. Sobre a possibilidade da repetição da prova, v., *infra*, Capítulo VI, n. 80, a propósito do fenômeno da coisa julgada relativamente ao direito à prova.

148. Art. 437 do CPC.

149. Sobre a relação entre poder e influência, no âmbito da jurisdição, embora sem tratar do tema sob o ângulo enfocado no texto acima, v. Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 13ª ed., pp. 127-132.

150. Esse aspecto foi salientado por José Rogério Cruz e Tucci, ao asseverar que "o acervo dos julgados possibilita que os eventuais litigantes, consultando os precedentes, tenham uma idéia da solução que poderá ser dada se um deles decidir ir a juízo". Dá por que o estudo da jurisprudência "não permite conhecer apenas as regras de direito material, mas, igualmente, as soluções que possivelmente poderão ser obtidas, e, ainda, ter uma noção das dificuldades que serão encontradas, das chances de vitória e do custo que será necessário experimentar para conseguir esta ou aquela vantagem" (cf. *Precedente judicial como fonte do direito*, p. 308 e nota 18).

151. *In arg.*, José Marcelo Menezes Vigliar, *Uniformização de jurisprudência - Segurança jurídica e dever de uniformizar*, pp. 197 e ss. - realçando que o incidente em questão se afigura como "garantia do jurisdicionado", ditada pelos "valores da igualdade, segurança, economia e respeitabilidade" (cf. p. 204).

152. Sobre a legitimação pelo procedimento em contraditório, v. Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 13ª ed., n. 16, pp. 148 e ss.

a ostentar credibilidade perante os interessados; o que reforça, quando menos, a influência que a prova produzida, quanto ao respectivo conteúdo, haverá de exercer não apenas sobre aquele que julgará a causa, mas sobre o comportamento dos interessados.¹⁵³ Isso pode ser bem ilustrado a partir da qualificação, que por vezes se encontra em doutrina, da prova extrajudicial como *semiplena*, isto é, aquela que, diferentemente da *plena*, não geraria fé suficiente para demonstrar a veracidade de um fato sem algum acréscimo.¹⁵⁴

Assim, não se pode desqualificar o peso que tem a prova¹⁵⁵ (inclusive e especialmente aquela produzida de forma antecipada), se não para proporcionar certeza ou segurança, ao menos, como dito, para exercer influência sobre as partes e determinar as respectivas condutas.

Se o fenômeno, de forma compreensível, é menos sentido nos sistemas que fazem a prova gravitar em torno do juiz (e, portanto, do julgamento estatal), o mesmo não ocorre em realidades que enxergam a prova também sob o ângulo das partes.

No sistema norte-americano, para ilustrar, a *discovery*, tida exclusivamente como fase preparatória de uma ulterior e distinta fase decisória, aparece essencialmente dirigida ao esclarecimento dos fatos da causa, e não, ainda, ao julgamento da mesma. Ademais, naquele modelo a produção antecipada da prova está essencialmente a cargo das partes, que, ao mesmo tempo em que figuram como seus principais protagonistas, também são verdadeiros destinatários. Portanto, a prova produzida naquele momento não é exatamente destinada a proporcionar segurança para o julgamento estatal.¹⁵⁶

153. De forma diversa ao quanto exposto no texto, Daniel Amorim Assumpção Neves é taxativo ao afirmar que "o autor da demanda probatória autônoma não tem qualquer segurança jurídica a respeito dos fatos que pretendia demonstrar com a produção da prova" (cf. *Ações probatórias autônomas*, p. 484).

154. Assim, Moacyr Amaral Santos, *Prova judicial no cível e comercial*, vol. I, p. 60. Ressalva-se apenas que não se aceita - não, ao menos, sem ressalva - a distinção acima mencionada, diante da regra da persuasão racional.

155. Influência que, em alguma medida, pode ser produzida a partir da simples existência ou disponibilidade das fontes de prova. Reitere-se, aqui, a idéia exposta anteriormente (v., supra, Capítulo II, n. 11) no sentido de que a simples existência de pessoas ou de coisas potencialmente geradoras de informações capazes de comprovar a veracidade de uma alegação (fontes de prova) é dado apto a interferir com a avaliação dos interessados, quer quanto a suas chances, quer, inclusive, quanto ao ônus da prova.

156. V. Angelo Dondi, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, p. 300.

53. *direito à prova e declaração de mero fato*

As considerações feitas nos tópicos precedentes suscitam uma outra reflexão, de ordem conceitual, e que convém seja feita.

Se é verdade que tanto a declaração judicial da existência ou inexistência de uma dada relação jurídica quanto a produção da prova antecipada (sem função cautelar) podem atuar — embora de modos e por caminhos distintos — de forma preventiva, então, também poderia em tese cumprir essa finalidade, com proveito para o Estado e para as pessoas, a declaração judicial (isto é, por sentença) acerca da existência ou inexistência de um mero fato.

Tal forma de tutela, contudo, permanece desprestigiada,¹⁵⁷ reputada que é pela maioria dos ordenamentos jurídicos, como é o caso do brasileiro, que, como sabido, somente excepciona a regra de que a declaração tem por objeto relações jurídicas no caso de declaração de falsidade ou de autenticidade de documento (CPC, art. 4º, II).

Em termos meramente teóricos, o paradoxo aparenta ser inexplícito: se a mera produção da prova — que, quanto ao conteúdo, não se impõe completamente às partes e nem mesmo ao órgão encarregado de julgar a causa — é vista como algo desejável para o sistema quando produzida de forma antecipada (sem natureza cautelar), por que não dizer o mesmo, ou mais, de verdadeira declaração judicial acerca de um fato, que, indo além da mera prova produzida, inclusive ensejaria, se admissível, a certeza e a segurança decorrentes da imutabilidade da coisa julgada material?

Antes que se proponha uma resposta a essa indagação, convém fazer uma ressalva. Embora inconfundíveis os conceitos de mero fato, de um lado, e de *relação jurídica*, de outro, mesmo quando se admite — no âmbito legislativo ou doutrinário — que a declaração tenha por objeto aquele primeiro, não se dispensa a circunstância de que o fato a ser declarado deve gerar consequências jurídicas. Assim ocorre, por exemplo, no sistema português, no qual a interpretação dada à regra que autoriza a ação “declarativa” para mero fato não dispensa se trate de fatos precisos e “constitutivos de certa ou certas relações jurídicas”.¹⁵⁸

157. Defende o cabimento da ação meramente declaratória tendo por objeto meros fatos: Daniel Amorim Assumpção Neves, *Ações probatórias autônomas*, pp. 447 e ss.

158. Cf. Abílio Neto, *Código de processo civil anotado*, 5ª ed., p. 13.

Alguns dos exemplos encontrados a justificar a declaração de meros fatos, a pretexto de que são “complexos” ou capazes de gerar “importantes consequências no campo do direito”,¹⁵⁹ mostram que, na realidade, o que se admite é a declaração da existência, inexistência ou modo de ser de uma dada relação jurídica, nascida a partir do fato. A certeza que se pretende não é acerca do fato, mas do efeito jurídico que ele projeta. Portanto, ao que parece, em algumas das hipóteses aventadas se está diante de um falso problema,¹⁶⁰ e eventual disposição legal autorizadora da medida mais parece resultar de uma tentativa de positivar um mais largo espectro de atuação da tutela meramente declaratória, quiçá de sorte a evitar interpretações eventualmente restritivas.

Mas, suposto se trate efetivamente de pretensão à declaração de mero fato, ainda assim parece compreensível a falta de prestígio — na lei, na doutrina e na jurisprudência — de pleitos dessa natureza; o que é dito muito mais como constatação que como uma negativa de sua admissibilidade em termos conceituais.

O ceticismo em torno da ação meramente declaratória de fatos parece decorrer de uma desproporção entre os meios que devem ser empregados para que se chegue ao pretendido resultado, de um lado, e sua utilidade — para as pessoas e para o Estado —, de outro. Com efeito, para declarar determinado fato é preciso não apenas produzir a prova, mas igualmente valorá-la; o que torna a atuação estatal não apenas objetivamente mais complexa, mas potencialmente mais longa, na medida em que, de forma diversa do que ocorre na primeira hipótese, na declaração é de se esperar que o inconformismo do vencido o leve a interpor os recursos cabíveis, ao argumento de eventual *error in iudicando*, quando no contexto das providências preliminares de instrução o âmbito de impugnação parece ser consideravelmente mais restrito, limitando-se a alegações de eventual *error in procedendo*.

Mesmo que se possa admitir que eventuais impugnações não tenham efeito suspensivo da eficácia da sentença declaratória do fato, justamente por se tratar de mera declaração, seria, quando menos, duvidoso

159. Nesses termos, v. Daniel Amorim Assumpção Neves, *Ações probatórias autônomas*, p. 453, especialmente nota 515.

160. Ressalva semelhante se lê na obra de Alfredo Buzaid, ao lembrar assertiva de Carneio no sentido de que “a declaração pode recair sobre a existência de um fato juridicamente relevante, que pode dar eventual origem à relação jurídica; mas este caso ou pode reconduzir-se à regra da relação jurídica, precedentemente indicada, ou depende de disposições especiais, que não podem generalizar-se” (cf. *Ação declaratória no Direito Brasileiro*, p. 149).

extrair efeitos jurídicos, em nova e sucessiva demanda, de uma “certeza” apenas provisória. A experiência havida por força da antecipação de tutela¹⁶¹ meramente declaratória, nesse ponto, parece desmerecer o instituto; para não falar que a relação de prejudicialidade que então se estabeleceria poderia descaracterizar o interesse de agir para outra demanda.¹⁶²

Certo que o resultado da declaração, como tantas vezes salientado, ostentaria, se admissível, a marca da imutabilidade, decorrente da coisa julgada. Contudo, é possível que o fato objeto da declaração se ligue a outros fatos, cuja alegação e prova se imponham como condição para que o interessado obtenha a atribuição do bem da vida que almeja; fatos que, se eventualmente não abrangidos pela certeza judicial (porque não alegados, e talvez sequer conhecidos), fariam com que o esforço empreendido anteriormente fosse praticamente em vão, na medida em que seriam necessárias novas alegações de fato, nova dilação probatória e nova decisão, com novos e eventuais recursos, a dilatar o curso do processo.

Ademais, na premissa de que o fato declarado não encerre o teor da controvérsia, admitir que haja declaração do fato é permitir, em alguma medida, cisão no julgamento do mérito, quanto a uma das questões de fato envolvidas; o que pode se revelar uma dificuldade para eventual julgamento subsequente, que deva se debruçar sobre outras questões de mérito — de fato e de direito — que se coloquem ao julgador. Nesse parti-

161. Embora se reconheça que a antecipação não é propriamente do provimento, mas de efeitos (constitutivos ou declaratórios). Relativamente à questão da antecipação da tutela meramente declaratória, v., por todos, José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 5ª ed., pp. 394-397.

162. Sobre a prejudicialidade como causa suspensiva do exercício do direito de ação, na doutrina, v. Guglielmo Sabatini, *Princípios de direito processual penal*, vol. I, pp. 237, 306 e 314-315. No Direito Brasileiro algo análogo pode ocorrer no âmbito do mandato de segurança, no qual a eventual pendência de recurso administrativo (com efeito suspensivo) gera prejudicialidade que obsta ao exercício da ação até definição no âmbito da Administração (art. 5º, I, da Lei 1.533/1951); o que conduz ao entendimento de que, aí, “o processo deve ser declarado extinto, sem apreciação do mérito (JTI 174/260)”, pela evidente falta de interesse processual” (cf. Theotônio Negrão-José Roberto F. Gouvêa, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 1.810, nota 3a ao art. 5º da Lei 1.533/1951). Nessa mesma linha de raciocínio, o STF entendeu serem inviáveis a propositura e o recebimento de ação penal enquanto não decidida questão de ordem fiscal que seja objeto de processo administrativo, prejudicial à configuração do ilícito penal (cf. STF, HC 89.983-PR, rela. Min. Cármen Lúcia, j. 6.3.2007, DJU 30.3.2007, p. 76).

cular, lembre-se, para ilustrar, que nos sistemas de *common law* as fases destinadas à *discovery* ou à *discovery* são exclusivamente voltadas à produção de prova, e não ao julgamento da causa; o que, além de ser coerente com a estrutura adotadas por aqueles ordenamentos, pode ser visto como elemento que permite maior efetividade às medidas de instrução realizadas em caráter preliminar.¹⁶³

Pensando, para argumentação, na realidade brasileira em tempos de supressão da autonomia dos processos de liquidação de sentença e de execução fundada em título executivo judicial,¹⁶⁴ para não falar na eficácia executiva da sentença meramente declaratória¹⁶⁵ (de relação jurídica), parece, mesmo, não haver ambiente minimamente favorável à adoção de um instituto que não dispensaria, salvo na hipótese de observância do preceito por parte de seu sujeito passivo,¹⁶⁶ a instauração de

163. Nesses termos, v. Angelo Dondi, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, p. 300.

164. Tal como impostos pelas disposições da Lei 11.232/2005, que, de resto, foi precedida de intensos reclamos da doutrina, crítica em relação à necessidade de se instaurar um novo processo — o de execução — para se proporcionar a satisfação do credor. Por todos, v. Humberto Theodoro Jr., “As vias de execução do Código de Processo Civil brasileiro reformado”, in Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.), *Aspectos polêmicos da nova execução de títulos judiciais — Lei 11.232/2005*, pp. 285-287.

165. Art. 475 do CPC, incluído pela Lei 11.132/2005. Na lição de Ada Pellegrini Grinover, a sentença a que alude o art. 475-N, I, do CPC, apesar de sua redação, tem natureza de sentença condenatória. Lembrando lição de Andrea Proto Pisani no sentido de que “sentença condenatória é a que se executa”, enfatizou a jurista a idéia de que a sentença declaratória não demanda execução, conquanto haja nela normalmente um capítulo dependente de efetivação posterior, que é aquele atinente às custas e honorários da sucumbência (cf. “Cumprimento de sentença”, in Gilberto Gomes Bruschi (coord.), *Execução civil e cumprimento da sentença*, pp. 10-20). De forma semelhante, juntamente com Marcelo Bonício, dissemos que, “para guardar coerência com as regras e princípios inspiradores do processo civil brasileiro, a Reforma, ao permitir a utilização de sentenças meramente declaratórias como títulos executivos (art. 475-N, inciso I), precisa ser aplicada em conjunto com a regra prevista no art. 4º, parágrafo único, do CPC, isto é, somente quando a declaração disser respeito à existência da violação a um direito, identificando, desde logo, os sujeitos, a prestação, a liquidez e a exigibilidade da obrigação, é que poderá ser utilizada como título executivo judicial” (cf. *Execução civil — Novos perfis*, 2006).

166. Na verdade, a situação examinada, nesse particular, não é sequer igual àquela estabelecida pela sentença meramente declaratória de relação jurídica. Isso porque o réu pode até mesmo se submeter ao reconhecimento do fato declarado pela sentença mas continuar a se recusar, por outras razões, a dar atendimento ao que, em termos concretos, pretende seu adversário. No caso da sentença meramente declaratória de relação jurídica a conclusão da sentença dirige-se diretamente a um dado

um novo processo para a constituição de título hábil à efetiva satisfação do credor ou do titular de outra posição jurídica de vantagem.

Portanto, sob o ângulo do Estado, embora seja inegável a existência de interesse no pleito de declaração de mero fato, é, quando menos, de se duvidar seja ele qualificável como legítimo,¹⁶⁷ o que, ao menos em alguma medida, pode explicar o porquê do generalizado desprestígio de que desfruta o instituto.

Sob o ângulo das partes, ademais, o pleito declaratório traz consigo um ônus de afirmação objetivamente complexo: não se pretende apenas a produção de prova, mas a declaração do fato; e isso exige ato postulatório algo diverso. Faz-se o pedido, quicá, sem que os fatos relativos à situação controversa estejam melhor esclarecidos (o que justamente se poderia obter mediante a investigação que se contém na produção antecipada da prova), fazendo com que, como dito anteriormente, haja posterior necessidade de alegação de novos fatos, a tornar de relativa importância a utilidade da declaração anterior. Para ilustrar, aqui, a importância da remessa das partes à liquidação — precedida de sentença de condenação genérica que, afinal de contas, não vai além de mera declaração — parece igualmente desabonar a adoção da providência sob comento.¹⁶⁸

Não bastasse tudo isso, e por mais paradoxal que possa parecer, a mera produção da prova, pela relativa incerteza que ainda traz consigo (dado o subjetivismo do julgamento das partes a respeito), pode atuar como elemento mais eficaz no estímulo a soluções de autocomposição. Não havendo ainda o pronunciamento judicial sobre o mérito (ainda que sobre mero fato), o subjetivismo acerca da valoração da prova é algo que pode facilitar eventuais concessões recíprocas. Diversamente, a certeza que decorra da declaração (para não falar na imposição de ônus financeiros ao derrotado, que deu causa ao processo) levará o vencedor, presumível e compreensivelmente, a assumir posição menos flexível. Nessa hipótese, estivesse o problema resolvido com a mera declaração,

efeito jurídico. A sentença meramente declaratória de fato não chega sequer a isso. Daí, inclusive, ser impossível cogitar, no caso desta última, da formação direta do título executivo — ao contrário, mais uma vez, do que se passa em relação à declaração de relação jurídica (v. nota anterior).

167. Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Execução civil*, pp. 419-420.

168. Lembrando-se o repúdio crescente que o sistema nutre em relação às condenações genéricas, que ainda desafiam liquidação. Assim ocorre na Lei dos Juizados Especiais (art. 38, parágrafo único, da Lei 9.099/1995) e também no procedimento comum sumário (CPC, art. 475-A, § 3º).

e nada de mal haveria nisso. Contudo, sabido que a mera declaração não será suficiente, a depender das circunstâncias, para proporcionar a efetiva satisfação do vencedor, a necessidade de empreender novas medidas poderá reduzir as vantagens do êxito antes obtido.

Talvez, para encerrar este tópico, seja lícito dizer que a declaração de mero fato se mostre realmente útil ao sistema nas hipóteses, aparentemente menos frequentes, nas quais o fato a ser declarado esgote o teor da controversia. Para além da hipótese da falsidade ou autenticidade de documento, entre nós expressamente excepcionada pelo art. 4º, I, do CPC, é pensar, por exemplo, na prova pericial hematológica e a negação da paternidade. Com efeito, aí, pedir a declaração do fato — inexistência da paternidade — é esgotar tudo quanto se pudesse dele extrair. Na verdade, fato e relação jurídica praticamente se confundem. Ao mesmo tempo, nessa hipótese em especial, a prova técnica, ainda que não vigore o sistema de prova legal, é o elemento decisivo para a conclusão que se pretende.¹⁶⁹ Contudo, hipóteses assim episódicas não parecem ser suficientes para levar a alterar uma opção já consolidada.

Particularmente na hipótese da declaratória de autenticidade ou falsidade de documento, nem mesmo o argumento de que ela dispensa o requisito da urgência é metodologicamente relevante.¹⁷⁰ Embora o exemplo até pudesse ser lembrado em prol da tese de que convém ao sistema antecipar prova sem vinculação à urgência, argumento dessa ordem seria falho, e até poderia desprestigiar a proposição que se quer demonstrar.

Com efeito, quando o sistema admite a edição de um provimento tipicamente *declaratório* (tal como ocorre na hipótese prevista entre nós pelo inciso I do art. 4º do CPC), então, não faz, mesmo, sentido que se exija o perigo como correspondente condição. Por outras palavras, se o sistema consentisse, de forma generalizada, em declarar fatos, parece razoavelmente claro que o problema da antecipação da prova de forma desvinculada da urgência estaria, por si só, resolvido. Mas, havendo ali uma *declaração* e se prestando a prova a essa finalidade, estar-se-ia de

169. Algo próximo pode ocorrer no caso da declaração de autenticidade ou falsidade de documento, que constitui a exceção contida, entre nós, no inciso II do art. 4º do CPC. Mesmo assim, é de se supor que a declaração da falsidade não encerre questões de fato que possam surgir (por exemplo, tratando-se de ação indenizatória, seria preciso apurar fatos relativos aos danos sofridos).

170. Argumento destacado por Daniel Amorim Assumpção Neves, "O inquérito como uma cautelar preparatória probatória *sui generis*", in Rodrigo Mazzei e Rita Dias Nolasco (coords.), *Processo civil coletivo*, p. 229, invocando lição de Calamandrei.

volta ao mecanismo tradicional, e apenas impropriamente se poderia falar de uma típica *antecipação da prova*.

O que se quer aqui defender, conforme já indicado, é a produção da prova de forma desvinculada (ao menos direta e necessariamente) de qualquer declaração.

54. *produção antecipada da prova e escopo jurídico da jurisdição*

As considerações feitas nos tópicos precedentes, inseridas na busca da confirmação da existência de um direito à prova com os contornos já delineados, sugerem o exame do tema sob o ângulo da jurisdição, isto é, da atividade estatal empreendida nesse mister. Sob o prisma metodológico, isso significa examinar o avertado direito a partir da atividade estatal e do respectivo resultado que invoca o interessado ao exercitar aquela cogitada prerrogativa.¹⁷¹

Para tanto, sem desprezar a importância das diferentes acepções do conceito de prova, mas atentando para os limites e escopos deste estudo, tenha-se em mente que, sob o ângulo da dinâmica processual, aquela primeira pode ser entendida como uma atividade de verificação e de demonstração de fatos,¹⁷² que é desenvolvida pelo juiz e pelas partes, observadas as posições que ostentam na relação jurídica processual.

Sob a ótica estatal, então, parece possível e lícito qualificar os atos praticados na produção da prova — seja de forma antecipada (cautelar ou não), seja no bojo do processo aparelhado para a declaração do direito — como tipicamente jurisdicionais, e não meramente administrativos.

Qualificação dessa ordem parece correta, em primeiro lugar, porque se trata de atividade que, muito embora até englobe a prática de atos estritamente materiais, não dispensa a atuação do direito objetivo em situação concreta mediante a edição de atos decisórios.¹⁷³

Com efeito, a produção da prova envolve a resolução de questões de fato e de direito — referentes à sua admissibilidade e ao modo de sua realização —, que, por seu turno, reclamam a atuação do direito. Essa atuação, aliás, não se limite ao campo normativo processual, bastando

171. O que, de resto, coincide com o método pelo qual, em termos mais rigorosos, a ciência processual buscou examinar a ação, cuja classificação parte exatamente da natureza do provimento invocado, isto é, da natureza e da eficácia da decisão estatal pretendida.

172. Sobre premissas conceituais, v., supra, Capítulo I, nn. 1-5.

173. Para a distinção entre *provimentos e atos materiais*, a cargo do juiz, v. Cintra-Grimover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 25ª ed., pp. 357-358.

pensar nas hipóteses de requisição de dados protegidos pelo sigilo bancário ou fiscal, que pressupõem a quebra de direitos fundamentais estabelecidos em sede constitucional, no plano substancial. É pensar, também para ilustrar, nas eventuais medidas executivas — como é o caso da busca e apreensão de documentos — ou de coação — imposição de multa diária para a parte ou terceiro que se recusa à exibição de documento — que venham a ser adotadas pelo juiz para dar efetividade às providências de instrução que determinou.

Mais ainda: tratando-se de prova requerida de forma antecipada — tenha natureza cautelar, ou não —, é preciso que o órgão julgador, além de decidir questões de fato e de direito, julgue a pretensão propriamente dita, que, embora se restrinja à produção da prova, busca a atuação da vontade do direito objetivo não como mero instrumento, mas como verdadeiro resultado.

É certo que a produção da prova, quando feita de forma antecipada, não encerra — tal como se passa na sentença de mérito — uma declaração do direito aplicável ao caso concreto. Como não há, em tese e sob o ângulo estatal, incursão pelo conteúdo da prova (que, por isso, não é valorada pelo juiz naquele momento), tal declaração fica realmente excluída até mesmo em termos lógicos. Contudo, não se pode dizer que, na hipótese sob exame, o resultado da atividade estatal não contenha algum componente declaratório. Há, quando menos, a declaração do direito à produção da prova; e, ainda que esse direito possa — aqui, para argumentar — ser meramente processual e, mais que isso, ser tido e qualificado como desdobramento dos direitos de ação e defesa,¹⁷⁴ isso não parece ser suficiente para negar que no provimento estatal em questão haja a afirmação de um direito.

Com efeito, embora com alguma ressalva, a doutrina reconhece haver tutela jurisdicional que não voltada diretamente ao direito material, lembrando, dentre outras hipóteses, o caso do mandado de segurança contra ato judicial.¹⁷⁵ Não obstante este exemplo, na realidade brasileira e por conta de ajustes no direito positivo, se revele cada vez mais

174. Direito de ação relacionado à declaração do direito em dada situação substancial concreta (o que é dito para argumentar, na medida em que, como exposto, essa perspectiva é diversa do reconhecimento de um direito autônomo à prova).

175. Embora com alguma ressalva, José Roberto Bedaque reconhece haver “tutelas jurisdicionais que não estão voltadas diretamente à proteção ao direito material”, lembrando, dentre outras hipóteses, aquela indicada no texto acima (cf. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*, 5ª ed., pp. 69-70). Sobre o tema, tomamos a liberdade de remeter, ainda, às considerações constantes de nosso *Tutela Jurisdicional*, pp. 30-31.

escasso,¹⁷⁶ conceitualmente ele ainda é válido e apto a mostrar que a atuação estatal, na subespécie jurisdicional, também pode se dar para afirmar direito de natureza estritamente processual.¹⁷⁷

Mais ainda: quando se pensa na produção autônoma da prova e no escopo de atuação da vontade do direito objetivo, há que se ter em conta as hipóteses de rejeição da demanda. Nesses casos, além da mais evidente negação do direito à prova, pode haver a afirmação — ainda que não exatamente na parte dispositiva da sentença — de direitos que, no confronto com aquele que foi negado, preponderem em certo caso concreto. É pensar na rejeição da demanda de antecipação de prova pela prevalência das garantias de sigilo ou intimidade, aqui lembradas novamente. Neste caso não parece exato dizer que a atuação da lei, em concreto, se colocaria para o juiz apenas como um limite (atributo próprio de um ato tipicamente administrativo).

A propósito dessa lembrança, e ainda sob esse prisma do escopo de atuação da vontade concreta do direito objetivo, embora se reconheça não haver na produção antecipada de forma autônoma (nem na cautelar) valoração da prova pelo órgão julgador, a servir desde logo de fundamento para a declaração do direito no caso concreto (relativamente a uma situação de direito material),¹⁷⁸ nem por isso se pode negar que a simples admissibilidade da prova já pode encerrar, em alguma medida, uma forma de respectiva valoração.

É o que melhor se visualiza nos juízos negativos, nos quais a inadmissibilidade da prova significa, na realidade, uma antecipada forma de valoração. É pensar, ainda, nos casos de prova ilícita ou simplesmente

176. Considerações a propósito constam de nosso *Ação rescisória — Juízos rescisórios*, nn. 5 e 6, pp. 34 e ss.

177. Em certa medida, isso pode ser detectado também no instituto da *reclamação*, na medida em que é instrumento apto a preservar a competência de certo órgão ou a garantir a autoridade de suas decisões; o que, sob o ângulo das partes, pode ser visto, na primeira hipótese, como meio de afirmar — e, consequentemente, de garantir — seu direito constitucional a um julgamento pelo juiz natural, que é uma posição jurídica de vantagem de conteúdo essencialmente processual (cf. nosso *Ação rescisória — Juízos rescisórios* e *rescisório*, pp. 44 e ss.).

178. Bom exemplo disso é a aplicação da pena de confissão quando, no contexto de produção antecipada de prova, a parte, ainda que regularmente intimada para prestar depoimento pessoal, não comparece, ou nos casos nos quais se trata de exibição de documento. Nesses casos a aplicação da “pena” de confissão — mais que isso, a repercussão que a admissão tácita dos fatos possa ter — fica, sem dúvida, a cargo do juiz competente para a declaração do direito. Sobre essa particular questão, v. Ovídio Baptista da Silva, *Do processo cautelar*, pp. 364-365.

na limitação da prova testemunhal, que, entre nós, consta da regra do art. 401 do CPC.¹⁷⁹ De forma análoga, quando o juiz não admite certa indagação à parte ou à testemunha, quando acolhe contradita¹⁸⁰ ou, ainda, quando indefere determinado quesito dirigido ao perito e assistentes, há nesses juízos negativos uma inegável incursão pelo conteúdo da prova, que — relevante para o raciocínio aqui exposto — desmente a idéia de que a atividade estatal, no momento da produção da prova, seria estritamente formal ou de mera documentação (e, portanto, meramente administrativa).¹⁸¹

Tudo isso, enfim, parece bem demonstrar que na produção da prova — e quando ela é realizada de forma antecipada e autônoma isso fica ainda mais evidente — o juiz não apenas age “em conformidade com a lei”, mas verdadeiramente age “atuando a lei”, considerando-a em si mesma, e não apenas como norma de sua própria conduta.¹⁸²

Ademais, no caso da prova produzida antecipadamente e sem função cautelar não se perde o caráter concreto da atuação da vontade do direito objetivo. Neste aspecto, a realização de atividades de instrução preliminares não pode ser vista como mera consulta ao Judiciário, ou tampouco como uma espécie de expedição sem rumo determinado, com incursões aleatórias e genéricas sobre a vida dos sujeitos envolvidos. Embora não haja propriamente a declaração do direito, a atividade é marcada pela aplicação da lei diante de um caso concreto,¹⁸³ mediante o estabelecimento de limites e com escopos determinados.¹⁸⁴

179. Aparentemente de acordo: Misael Montenegro Filho, *Código de Processo Civil comentado e interpretado*, p. 451.

180. Tratando da produção antecipada da prova, Alexandre Câmara observou que “não há lugar para a contradita do depoente, cabendo ao juiz da causa principal, no momento oportuno, valorar o depoimento, segundo o princípio da persuasão racional (...)” (cf. *Lições de direito processual civil*, p. 165).

181. Expressivo, a respeito, Pontes de Miranda: “As ações do art. 846 raramente alcançam qualquer resolução judicial sobre a sua admissibilidade (à sentença, na ação principal, cabe apreciá-la), e só em casos expressamente previstos em lei chegam a algum julgamento sobre a “atendibilidade” das provas de que se trata” (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. XII, p. 253).

182. As expressões são colhidas em Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, vol. II, p. 12.

183. Conforme observou Isabelle Després, de um ponto de vista objetivo, na produção antecipada da prova o respeito às “prescrições legais” — com ênfase para o contraditório — é assegurado graças ao controle do juiz (cf. *Les mesures d’instruction “in futurum”*, p. 147).

184. V., infra, Capítulo VI, nn. 66-70, acerca das condições que autorizam a antecipação da prova, em concreto, sem natureza cautelar.

55. segue: prova antecipada como instrumento para consecução do escopo social da jurisdição

A produção antecipada da prova com a autonomia aqui preconizada, para além do escopo estritamente jurídico da jurisdição, é também instrumento apto à consecução de seus escopos sociais. É que — como aqui reiteradamente mencionado — providência daquela natureza é idônea a contribuir para soluções de autocomposição, que, com maior grau de eficiência que a decisão estatal, são aptas a propiciar a eliminação da controvérsia e a consequente pacificação social.¹⁸⁵⁻¹⁸⁶

Nesse particular, procede a idéia de que a contribuição dos tribunais para dirimir litígios não pode e não deve ser avaliada considerando-se apenas os casos resolvidos por decisão judicial.¹⁸⁷ No contexto da re-

185. Na literatura nacional, sobre o escopo social da jurisdição, v. Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 13ª ed., pp. 188 e ss. Especificamente sobre a relação entre conciliação e o escopo de pacificação social, com amplas referências doutrinárias, v. Ada Pellegrini Grinover, *Novas tendências de direito processual*, pp. 191-192. De forma análoga, tratando do tema da conciliação no contexto do acesso à justiça, v. Paulo César Pinheiro Carneiro, *Acesso à justiça*, pp. 76-77. Mais próximo do sentido do texto, por reconhecer que na investigação do inquérito civil reside um significativo potencial conciliatório que amplia o acesso à ordem jurídica justa e proporciona pacificação social, cf. Ricardo de Barros Leonel, *Manual do processo coletivo*, pp. 311-312. E, ainda que sem analisar a questão à luz da possibilidade de conciliação, mas igualmente reconhecendo a ampliação do acesso à justiça pelo inquérito civil, cf. Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, "Ação civil pública, inquérito civil e Ministério Público", in Édis Milaré (coord.), *Ação civil pública — Lei 7.347/1985 — 15 anos*, 2ª ed., p. 91 (a senso contrário, ao reconhecer que a impossibilidade de as associações promoverem inquérito limita o exercício de sua legitimidade) e Luiz Roberto Proença, *Inquérito civil — Atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça*, pp. 56-57.

186. Não se pode também descartar que a produção da prova, vista dentro do processo instaurado para a declaração do direito ou produzida de forma antecipada (cautelar ou não), também propicia a consecução do escopo político da jurisdição, na medida em que, ao determinar a providência — que, de um modo ou de outro, interfere com a esfera jurídica das pessoas —, o Estado afirma sua capacidade de decidir imperativamente. V., a propósito, embora de forma genérica, Cândido Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 13ª ed., pp. 198-200. No contexto do inquérito civil esse aspecto foi bem realçado por Geisa de Assis Rodrigues, ao observar que sua instauração muitas vezes "aborta a possibilidade do conflito transindividual, ensejando a participação da sociedade, organizada ou não, na esfera pública" (cf. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta — Teoria e prática*, 2ª ed., p. 89).

187. Traçando um panorama atual da conciliação na Itália, Francesco Paolo Luiso observou que a prioridade da jurisdição mal se concilia com uma realidade que se funda essencialmente em um "princípio de subsidiariedade", no qual a deci-

solução de controvérsias, interessa aos tribunais fornecer um substrato (*background*) que se traduza em uma base para as negociações e para a regulamentação das relações de natureza privada.¹⁸⁸ É possível, assim, reconhecer que a atuação estatal, via Poder Judiciário, ocorra mediante o fornecimento de uma base de discussão (*bargaining endowment*) que os adversários podem aproveitar em suas relações; não apenas no tocante à determinação de regras de direito material, mas igualmente das que permitem fazer valer tais direitos — dentre as quais as relativas à prova.¹⁸⁹

A produção antecipada da prova — mesmo que fora das hipóteses de urgência — concilia, de forma significativa, os escopos jurídico e social e, de certa maneira, atenua a relativa contraposição que existe entre ambos.

A esse propósito, não há dúvida de que os dois referidos escopos são complementares, na medida em que, por um lado, a atuação da vontade concreta do direito objetivo não tem um fim em si mesma¹⁹⁰ e se justifica como instrumento apto a eliminar controvérsias — e, portanto, a pacificar; por outro lado, a eliminação da controvérsia não se dá por qualquer forma, mas mediante a atuação do direito objetivo (salvo se as próprias partes lograrem êxito em soluções de autocomposição).¹⁹¹

Mas, se isso é certo, não menos correto é o reconhecimento de que os dois escopos se repelem em alguma medida: enquanto o jurídico clama por tempo, para que bem se conheça e se atue a vontade da lei de forma fiel aos desígnios do direito material, o social clama por presteza,

são judicial imperativa — sempre assegurada — deve ser considerada como a última das chances à disposição. Primeiro as partes devem tentar resolver entre si, e depois com a intervenção de um terceiro. Se não for possível resolver a controvérsia dessa forma, parte-se para as soluções de adjudicação, a começar pela arbitragem, para só então se chegar à jurisdição propriamente dita — entendida como produtora de soluções adjudicadas (cf. "Presente e futuro della conciliazione in Italia", in Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoid de Moraes (coords.), *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, p. 576).

188. Cf. Marc Galanter, "A justiça não se encontra apenas nas decisões dos tribunais", in Antonio M. Hespanha (coord.), *Justiça e litigiosidade: história e prospectiva*, p. 69 (embora sem se referir especificamente à antecipação da prova).

189. Cf. Robert Mnookin e Lewis Kornhauser, "Bargaining in the shadow of the law: the case of divorce", *Yale law journal* 5, p. 968.

190. Se tivesse, seria difícil sustentar a regra de inércia da jurisdição.

191. Sobre a questão, Paulo César Pinheiro Carneiro observou que "o dilema de ontem entre a segurança e a celeridade, hoje, é um falso dilema. A rapidez, sem dúvida, deve ser priorizada, com o mínimo de sacrifício de segurança dos julgados". Concluindo ser "perfeitamente possível priorizar a rapidez e ao mesmo tempo assegurar justiça, permitindo que o vencedor seja aquele que efetivamente tem razão" (cf. *Acesso à justiça*, p. 81).

para restabelecimento da paz social. Esse é, como sabido, um dos dilemas fundamentais do exercício da jurisdição e do processo, e a busca do equilíbrio entre esses dois vetores — certeza *versus* justiça — é que deve (ou deveria) pautar as soluções legislativas.¹⁹²

No caso da produção antecipada e autônoma da prova, como dito, essa contraposição aparece de forma atenuada: ao mesmo tempo em que se empreende atividade tipicamente cognitiva, relacionada — ainda que indiretamente — ao escopo de atuação da vontade concreta do direito objetivo, busca-se também proporcionar elementos para que o conflito seja superado mediante soluções de autocomposição; o que, como dito, está relacionado ao escopo social do processo.¹⁹³ E, novamente, frise-se que dentre as diferentes maneiras pelas quais os órgãos judiciais contribuem para a solução de controvérsias está aquela pela qual referidos órgãos permitem às partes apreciar suas oportunidades de sucesso e encorajam formas de autocomposição, de modo a reduzir a dose de incerteza que o litígio comporta.¹⁹⁴

Assim, ainda que não conduza propriamente à declaração do direito e, portanto, não proporcione a imunização da controvérsia pelo caminho de decisão estatal apta a se tornar imutável, a antecipação da prova atua, ao menos em alguma medida, para que a pacificação seja buscada e eventualmente obtida com base em critérios — se não exatamente “justos” — ao menos objetivos e racionais; que, por seu turno, ligam *pacificação e segurança jurídica*.¹⁹⁵

192. Do conflito entre *certeza e justiça* falou Camelutti, em seu clássico “La certeza del diritto”, *Rivista di diritto processuale civile* XX (v. especialmente pp. 87 e ss.). O tema é particularmente importante no que diz com a amplitude que o ordenamento dê, ou não, aos meios de impugnação de decisões judiciais, quer por recurso, quer por ações autônomas. Nesse particular aspecto, v. Ada Pellegrini Grinover-Antônio Magalhães Gomes Filho-Antônio Scarance Fernandes, *Reversos no processo penal*, p. 21. Ainda na doutrina: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, p. 146.

193. Esse modo de ver o fenômeno afina-se com o quanto preconizou Kazuo Watanabe em seu trabalho “Cultura da sentença e cultura da pacificação”, in Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes (coords.), *Estados em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*, especialmente pp. 686-687.

194. Cf. Lempert, “More tales of trial courts”: exploring changes in the ‘dispute settlement function’ of trial courts”, *13 Law & Society Review* 1, pp. 99-100.

195. Sobre a idéia de pacificar com justiça, v. Cândido Rangel Dinamarco, ao realçar que a missão social pacificadora não se opera “mediante o alcance de decisões, quaisquer que sejam e desconsiderado o teor das decisões tomadas. Entra aqui a relevância do valor justiça. *Eliminar conflitos mediante critérios justos* — eis o mais

Mais que isso, os elementos proporcionados pela prova produzida antecipadamente contribuem, pela racionalidade e objetividade que propiciam, para que as soluções de autocomposição — se isso for possível — sejam adotadas com base em critérios legítimos, na medida em que ligados à expectativa de chances e de riscos que as partes podem razoavelmente nutrir acerca da decisão estatal. Assim, a adoção de soluções autocompositivas não fica remetida à espúria e repugnante premissa de que as partes devem se conciliar porque o sistema — que lhes subtraiu a possibilidade de fazer justiça pelas próprias mãos e que, em contrapartida, disse garantir solução imparcial e imperativa em prazo razoável — não é capaz de cumprir o que prometeu. Pela antecipação da prova o sistema oferece às pessoas elementos que estimulam a *aceitação* das soluções autocompositivas; *aceitação* que é elemento recorrente, em doutrina, na configuração da *legitimidade*.¹⁹⁶ Vale dizer: o resultado da antecipação é fator que contribui para a legitimidade do sistema.

A esse propósito, nada parece justificar que o papel retórico desempenhado pela prova¹⁹⁷ e que sua função de fundamento para uma escolha racional da hipótese que se volta ao conteúdo de uma decisão final,¹⁹⁸ estejam destacados pela doutrina em relação ao juiz, se prestem exclusivamente à formação do convencimento do juiz; e não das partes.

É certo que, se a prova for produzida apenas na fase de instrução do processo declaratório, a função de esclarecimento e de estímulo às soluções de autocomposição não pode ser simplesmente negada: encerrada a instrução, e exceto se o magistrado preferir julgamento na imediata seqüência, ainda há tempo para que as partes, valorando o quadro probatório que se formou, se proponham a adotar alguma solução de autocomposição, de sorte a evitar o julgamento estatal. Contudo, embora isso seja certo, fato é que, para a finalidade desejada, a prova colhida em tal momento parece se revelar menos eficaz, pelos estágios já ultrapassados pelas partes e pelo próprio órgão estatal.¹⁹⁹

elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado” (cf. *A instrumentalidade do processo*, 13ª ed., p. 191).

196. Na doutrina, relacionam o conceito de *legitimidade* à idéia de *aceitação*: Karl Wolfgang Deuschle, *Política e governo*, pp. 36 e ss.; Niklas Luhmann, *Legitimação pelo procedimento*, pp. 29-30; José Eduardo Faria, *Poder e legitimidade*, pp. 58 e ss.; Dalmo de Abreu Dallari, *Elementos de teoria geral do Estado*, pp. 39 e ss.

197. V. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 5, t. 1, pp. 72-73.

198. Cf. Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, p. 421.

199. Conforme registrou Paulo César Pinheiro Carneiro, a partir do levantamento de dados estatísticos (obtidos junto a Juizados Especiais Cíveis), parte signifi-

Mais ainda: embora a prova produzida de forma antecipada possa e deva ser vista como dirigida, naquele momento, muito mais às partes (para esclarecimento dos fatos e avaliação de chances), não se deve descartar seu aproveitamento para o julgamento propriamente dito (declaração do direito). Isso é dito para combater eventual ceticismo quanto à utilidade de se antecipar a prova (fora dos casos de urgência): a prova poderia ser tida como custosa, inútil e, pior, tendente apenas a aumentar o tempo de duração do processo,²⁰⁰ se não superada a controvérsia a partir dos elementos colhidos antecipadamente; caso em que a prova teria que ser produzida — ou reproduzida — mais adiante.

Na hipótese assim aventada (que não deixa de ser relevante), não há por que necessariamente se desprezar o material já produzido, desde que, obviamente, o tenha sido de forma regular e em estrita observância aos cânones do devido processo legal.²⁰¹ Eventual desvinculação entre o órgão que presidiu a providência de instrução preliminar e aquele a quem está afeto o julgamento da controvérsia não parece ter um peso relevante a ponto de desprestigiar o que se produziu antecipadamente.²⁰² Se houver necessidade ou conveniência de eventual repetição ou de complemento, que isso se faça.²⁰³ Mas — repita-se — nem por isso se haverá de desprezar o que antes se produziu.²⁰⁴

cativa dos acordos é consumada em audiência de instrução e julgamento (cf. *Acesso à Justiça*, p. 152). Sobre isso, estudo realizado por Fernando César Nimer Moreira da Silva, inclusive a partir de dados levantados pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais — CEBEPEJ, concluiu que, quanto mais avançada a fase do processo, menor o índice de soluções amigáveis (cf. "Conciliação e mediação em São Paulo, Brasil: evidências empíricas", especialmente pp. 10 e ss).

200. Esses, como cediço, os aspectos negativos normalmente associados aos mecanismos de produção de prova preliminar dos sistemas de *common law*, e que levaram às sucessivas modificações experimentadas tanto pelo Direito Norte-Americano quanto pelo Inglês. Sobre isso, v., supra, Capítulo II, n. 12 e notas.

201. Substancialmente de acordo, nesse particular, Ernane Fidélis dos Santos, *Manual de direito processual civil*, vol. II, p. 365.

202. V., infra, Capítulo VI, n. 80, com considerações acerca do peso relativo da oralidade e, dentro dela, do princípio de identidade física.

203. Contudo, sobre a questão da repetição da prova já produzida, v., infra, Capítulo VI, n. 80.

204. Embora fazendo considerações no contexto sabidamente mais amplo das formas alternativas de solução de controvérsias (as *alternative dispute resolutions* — ADR), Felipe Barroso fez observação que vem bem a calhar: "(...) mesmo que não se chegue a um acordo via ADR e se opte pelo órgão jurisdicional, os principais pontos relativos ao litígio já deverão ter sido contemplados, o que decerto agilizará uma decisão judicial" (cf. "Considerando ADR", in *Jurisprudência Catarinense* 80/29).

Mas, ainda que o material produzido antecipadamente, apenas para argumentar, seja mesmo (e excepcionalmente) imprestável para a fase subsequente, ainda assim o investimento feito nas providências de instrução preliminares (pelas partes e pelo Estado) terá valido a pena e merecerá, sob o prisma conceitual, ser prestigiado. É que, aceitando-se que as soluções de autocomposição são as que melhor propiciam a superação das controvérsias (e a pacificação social), não se pode supor, como antes salientado, que elas resultem apenas da boa vontade das pessoas, e não de elementos objetivos que as partes, com equilíbrio e responsabilidade, hão de considerar e que o próprio Estado há de se encarregar de proporcionar.

Por outro lado, também é certo que, quando a produção da prova for eventualmente antecipada com base na urgência, a função de esclarecimento e de estímulo às soluções de autocomposição também estará presente.²⁰⁵ Uma vez que a medida seja admitida, não importa, para a finalidade aqui apontada, a razão pela qual se entendeu ser admissível a antecipação, e se ela foi concebida apenas como forma de conservação de certos elementos de instrução.

Contudo, a diferença entre as duas situações é fundamental. Quando se aceita a antecipação da prova apenas na presença do perigo da demora, a função estimuladora da autocomposição surge como uma espécie de efeito secundário ou colateral. Neste caso não se admite a produção da prova porque se quer esclarecer fatos, para melhor delimitar as chances de cada uma das partes; mas porque há risco de perecimento. Diversamente, quando se aceita a antecipação da prova mesmo que não haja risco, isso se dá precisamente em função do reconhecimento de que a pré-constituição é instrumento posto a serviço do escopo de pacificação.

Finalmente, não será demais observado que a antecipação da prova, na dimensão aqui preconizada, não está apenas ligada à idéia de pacificação, pela eliminação da controvérsia — essa, sem dúvida, a principal faceta do escopo social do processo e da jurisdição. Assim, parece lícito reputar também que a antecipação da prova, com maior amplitude, contribui para a *educação*, na medida em que, pela informação que proporciona a propósito dos fatos atual ou potencialmente

Sobre a relação entre a produção antecipada da prova e aqueles meios alternativos, v., infra, Capítulo VI, n. 68.

205. Igualmente reconhecendo essa possibilidade: Humberto Theodoro Jr., *Curso de direito processual civil*, vol. II, p. 594.

controvertidos,²⁰⁶ contribui para a conscientização das pessoas quanto a seus direitos e obrigações e para um aumento de confiança no Poder Judiciário, fazendo com que haja maior zelo quanto aos direitos próprios e responsabilidade pela observância dos alheios.²⁰⁷

56. segue: atividade estatal substitutiva e atividade das partes na pré-constituição da prova

As considerações feitas até aqui apontam para a natureza jurisdicional – e não meramente administrativa – da atividade estatal de produção de prova, especialmente quando se trata da respectiva antecipação desvinculada de situações de urgência. Tal natureza, indo além, pode também ser aferida a partir da afirmação do caráter substitutivo dessa forma de intervenção estatal.²⁰⁸

Conforme assinalado inicialmente,²⁰⁹ muito embora seja dado às partes, em diferentes hipóteses, de forma unilateral ou, mesmo, mediante consenso, produzir determinada prova fora de juízo, isso não afasta a circunstância de que tal providência possa, ou mesmo deva, ser requerida ao Estado,²¹⁰ sendo por ele presidida e realizada na qualidade de sujeito imparcial.

Conquanto se reconheça a considerável amplitude da pré-constituição da prova diretamente pelos interessados, inclusive a prescindir da intervenção estatal, não se pode perder de vista que, em contexto de atual ou potencial controvérsia, a dinâmica da produção e, especialmente, da valoração da prova ocorre no âmbito do processo estatal.

Assim, embora considerado o peso que as partes atribuem à prova que elas próprias possam pré-constituir, tal valoração, conforme já observado, há de levar em conta uma projeção do que razoavelmente se es-

206. O assunto relaciona-se com o exame da antecipação da prova e o acesso à justiça. V., infra, Capítulo VI, n. 81.

207. Assim, substancialmente, Cândido Rangel Dinamarco, a propósito do escopo social da jurisdição, embora naturalmente sem referência específica à produção antecipada da prova (cf. *A instrumentalidade do processo*, 13ª ed., pp. 191-192).

208. Reconhecendo a natureza do que chamou de “cautelares probatórias”, v. Daniel Amorim Assumpção Neves, “O inquérito civil como uma cautelar preparatória probatória *sui generis*”, in Rodrigo Mazzei e Rita Dias Nolasco (coords.), *Processo civil coletivo*, pp. 217 e 225-226.

209. V., supra, Capítulo I, n. 1.

210. Ou ao árbitro, porque não se descarta que a arbitragem tenha por objeto exclusivamente a produção de certo meio de prova. A propósito, remetemos ao nosso “Brevíssimas notas a respeito da produção antecipada da prova na arbitragem”, in Arnoldo Wald (coord.), *Revista de arbitragem e mediação* 14, *passim*.

pera poderá ocorrer se e quando o tema for posto ao Judiciário. Portanto, mesmo desempenhando um relevante papel no momento que antecede o processo declaratório, a pré-constituição da prova pelos interessados não deixa de considerar que tal providência, se houver controvérsia não-superável pelas próprias partes, terá por finalidade convencer o juiz, e, portanto, servir de fundamento para o julgamento estatal.

Assim, ainda que reconhecendo, como dito, o largo campo de atividade das partes, é preciso considerar a pré-constituição da prova em sua projeção processual e, a partir daí, determinar a utilidade da intervenção estatal na antecipação da prova (ainda que a mesma pudesse ser pré-constituída pelas partes, sem tal interferência).

A propósito, vem a calhar a lembrança de que os atos processuais, ainda que voluntários, não têm seus efeitos determinados a partir da intenção dos respectivos sujeitos. Consoante clássica lição doutrinária, quanto à vontade nos atos processuais, não se requer seja ela voltada à obtenção de determinado efeito, não sendo a mesma apta a determinar uma eficácia que, a rigor, está estabelecida pela lei.²¹¹ Por outras palavras: no assunto ora versado, por mais que as partes possam se empenhar na pré-constituição de prova, como forma de prevenir ou de encontrar segurança, nada garante que a eficácia da prova produzida será, em eventual processo declaratório, aos olhos da lei e do julgador, aquela desejada pelos interessados.²¹²

Nessa seara, soa indiferente a polémica sobre serem de direito positivo ou cogente as normas que regulam a prova; distinção que alguns procuram entrever a partir do critério de as regras se dirigirem às partes ou ao juiz, respectivamente.²¹³ Faz-se tal assertiva porque não parece

211. Cf. Enrico Tullio Liebman, *Manual de direito processual civil*, 3ª ed., vol. I, p. 227. V., ainda, nosso *Tutela jurisdicional*, pp. 188 e ss.

212. A propósito, Manoel Antônio Teixeira Filho afirma que a prova pré-constituída tem pouco prestígio no direito do trabalho, sendo que “o valor dessa modalidade de prova haverá de ser nenhum sempre que o documento contiver manifestação de renúncia do trabalho, relativamente a direitos subjetivos, mesmo que não produza por norma substancial de ordem pública. Por isso, ao empregador se imporá sempre a produção de outras provas capazes de demonstrar, em juízo, que a renúncia do empregado (ou as declarações que lhe são desfavoráveis) efetivamente ocorreu” (*A prova no processo do trabalho*, 3ª ed., pp. 57-58). Por outro lado, a assertiva demonstra a utilidade e, por vezes, a necessidade de que a pré-constituição se dê em processo perante o juiz (v., infra, nn. 56 e 59).

213. Discussão que, por seu turno, parece ser um desdobraimento da controvérsia acerca da natureza dessas mesmas regras, isto é, se de direito processual ou material.

correto – sequer possível – associar um ou outro caráter ao vínculo que a prova possa guardar com os titulares da relação processual.

Primeiro, parece muito difícil saber se o vínculo em questão é em relação a uns ou outros, porque, dependendo do ângulo por que o fenômeno seja visto, a prova sempre dirá respeito a todos esses sujeitos. Dizer que a prova se dirige às partes – como aqui se procura enfatizar – obviamente não significa negar que ela se dirija também ao juiz, embora em perspectivas e em momentos diversos. E, se a prova diz respeito ao juiz – ainda que também às partes –, a tendência é, como dito acima, a de que os efeitos dos atos nesse campo sejam ditados pela lei e não que fiquem sujeitos à autonomia da vontade.²¹⁴ A regra, portanto, é o caráter cogente das normas que regulam a prova.

Segundo, não é correto dizer que normas que disciplinam a atividade das partes em matéria probatória sejam necessariamente passíveis de derrogação mediante convenção. Mesmo pensando no plano substancial, quando a lei exige certa forma como requisito de validade (aspeto que estabelece vínculo com a prova), isso subtrai qualquer poder de disposição aos interessados. Já, a norma é de direito material, e nem por isso é disponível. Inversamente, no plano processual, a natureza cogente que é típica da norma processual pode até ceder diante da possibilidade, por exemplo, de eventual convenção sobre o ônus da prova; que, contudo – e de volta ao início –, não tem amplitude ilimitada.

Não se quer, com tais observações – e nem parece ser preciso –, sustentar que a prova, mesmo aquela formada pelos interessados antes do processo aparelhado para a declaração do direito, seria sempre um ato processual.²¹⁵ Mas é indiscutível que o elemento subjetivo das partes na pré-constituição da prova,²¹⁶ se não é propriamente irrelevante, também não é apto, por outro lado, a ditar a eficácia de que aquela desfrutará perante o juiz que, no futuro, venha a eventualmente decidir a controvérsia;²¹⁷ o que inevitavelmente pesará na influência que essa

214. Com relação à valoração – fique ressaltado – a prova legal é a exceção, diante da regra da persuasão racional que, ela própria, estabelece limites para a atividade estatal.

215. O que, contudo, não seria despropositado quando se alargasse o conceito de *processo* a ponto de atingir os negócios jurídicos privados, na linha do pensamento de Fazallari. Sobre isso, v., supra, Capítulo IV, n. 33.

216. Sobre o ponto, v., supra, Capítulo I, n. 4.

217. De acordo, em boa medida, Hermenegildo de Souza Rego, que, embora enfatizando o peso da vontade das partes no que tange à conveniência de se adotar

prova possa ter sobre o ânimo das próprias partes, para determinar suas chances e riscos em futuro processo.²¹⁸

Assim, sem embargo de todas as possibilidades de pré-constituição da prova pelas partes sem a intervenção estatal, isso nem sempre é o quanto basta ou, por outro lado, nem sempre é o que se revela mais útil, quer sob o prisma das partes, quer sob o ângulo do Estado. Não obstante o papel dos interessados, a presença do juiz na atividade probatória ora apresenta um elevado grau utilidade, ora se revela simplesmente imprescindível.

Entra aí, portanto, a atuação estatal com nítida feição substitutiva. A propósito, bastará considerar o papel de direção e de presidência dos trabalhos de colheita, produção e registro da prova desempenhado pelo órgão judicial. Nestas tarefas a intervenção estatal recai sobre atividade alheia e atua vontade do direito objetivo concentermente a outrem.²¹⁹

Nesse particular, a experiência dos países de *common law* mostra, de um modo geral, que a atribuição ou o reforço de poderes do juiz em relação às providências de instrução preliminares – *pretrial discovery* ou *disclosure* – buscaram justamente fazer com que essa fase se desenrolasse de forma mais rápida, mais racional, menos custosa e, por tudo isso, mais eficaz. Assim, as modificações experimentadas ao longo do tempo resultaram precisamente da constatação de que a entrega de referidas providências preliminares a cargo das partes e de seus advogados pecava por dilatar excessivamente essa fase, gerando encargos importantes para os envolvidos e o risco do cometimento de abusos;²²⁰ tudo a comprometer o resultado desejado. Naqueles sistemas, a maior intervenção estatal – em substituição, em alguma medida, à atividade das partes e de seus advogados – deu-se precisamente nessa seara.

tal ou qual regra em matéria de prova, ressalva, acertadamente, que aludida vontade deve ser vista com ressalva, porque “as partes estão sujeitas às normas jurídicas, pensem ou não pensem nelas quando contratam” (cf. *Natureza das normas sobre prova*, p. 41).

218. Quicá a perspectiva do exame da prova pelo juiz funcione, em alguma medida, como uma forma de “controle psicológico” sobre as partes, interferindo com a valoração que elas próprias possam fazer antes do processo cujo objeto seja a declaração do direito; analogamente ao que se passaria na relação entre o juiz de primeiro grau e os de grau superior, encarregados de rever as decisões do outro (v., sobre o tema, no âmbito do duplo grau de jurisdição, Oreste Nestor de Souza Laspro, *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*, pp. 101-102).

219. Para, mais uma vez, tomar expressões colhidas no pensamento clássico de Chiovenda (cf. *Instituições de direito processual civil*, vol. II, p. 12).
220. V., supra, Capítulo IV, n. 39.

E mesmo para quem possa resistir à idéia de que a prova — especialmente aquela produzida de forma antecipada e sem natureza cautelar — não se dirige apenas ao órgão julgador, mas também às partes, forçoso será admitir que ela está ligada, mesmo que reflexivamente, ao interesse de outrem, donde fica reforçado o caráter substitutivo.

Conforme se tem aqui afirmado, pensar na prova como bem apropriado exclusivamente pelo Estado (Poder Judiciário) — a pretexto de que ela tem por função esclarecer os fatos e formar a convicção do órgão judicial — é hipotrofiar os conceitos de *poder de instrução do juiz* e de *formação de seu livre convencimento*. Pensar na prova sob um ângulo exclusivamente estatal é restringir indevidamente o caráter instrumental daquela, que não se limita a servir de meio para a formação apenas do convencimento do juiz.

A propósito, quando se defende a existência de um direito de obter em juízo a pré-constituição da prova não se pretende negar o caráter instrumental que essa última desempenha, como se sua formação e se o conhecimento e registro dos fatos que ela propicia pudessem se esgotar em si mesmos e bastassem para justificar a pretensão de intervenção estatal.²²¹

Pelo contrário, a justificação lógica de um direito à prova com o delineamento aqui preconizado passa exatamente pela aferição de que, diante de uma dada controvérsia de direito material, interessa a seus protagonistas — e ao próprio Estado — buscar e, da forma mais adequada e eficiente, registrar elementos fáticos que facilitem o melhor conhecimento dos termos e limites do conflito, permitindo sejam visualizados os riscos e probabilidades envolvidos. A desvinculação da prova produzida autonomamente, tal como vem, aqui, sendo preconizado, não é em relação a uma dada controvérsia de direito material, mas somente em relação à declaração do direito no caso concreto.

Ademais, a atividade probatória presidida pelo terceiro imparcial — e na imparcialidade reside o caráter substitutivo — tende a assegurar a validade e a eficácia dos elementos colhidos; o que naturalmente contribui para que da prova assim produzida se possa extrair maior credibilidade.²²² Embora se enfatize aqui, repetidas vezes, o relevante papel

221. Mais amplamente, v., infra, Capítulo VI, nn. 66-70.

222. Na doutrina clássica, Chiovenda distinguiu “eficácia objetiva” e o que chamou de “atendibilidade” de qualquer meio ou de qualquer motivo de prova. Para ilustrar, observou que a afirmação de um fato por uma testemunha ocular pode ser portadora da primeira, mas pode ser frágil quanto à segunda se, por exemplo, colo-

que a prova produzida de forma antecipada desempenha em relação às partes, na avaliação de suas chances em futuro julgamento, é inegável, como já foi ressaltado, que isso se dá precisamente na medida em que os interessados dispõem — ou, mais precisamente, entendam dispor — de meios aptos, no futuro, e se necessário, a vencer o juiz.²²³

Com efeito, não adianta que as partes — e eventualmente seus advogados — estejam absolutamente convencidas da eficácia probatória de certo elemento se dessa convicção não compartilhar o juiz ao qual, afinal de contas, caberá julgar (suposto não atingida solução de autocomposição).²²⁴ Trata-se, evidentemente, de (não mais que) mera projeção que as partes podem e devem fazer. Contudo, quanto mais isento seja seu julgamento nesse momento, tanto menor o risco de um aposta infeliz. Nesse ponto, mais que nunca, pesa o caráter relativo da “verdade” proporcionada pela prova, porque o que realmente interessa é, tanto quanto possível, projetar qual será a “verdade” segundo quem, afinal, decidirá imperativamente, se não obtida uma solução de autocomposição. Daí a necessidade de referências objetivas de que as partes possam dispor, e que é dever do Judiciário proporcionar.

Certamente por conta dessa constatação é que na experiência norte-americana, aqui lembrada mais uma vez, se desenvolveram mecanismos que acresceram à produção da prova formas preliminares de julgamento não-estatal, isto é, de obtenção de um juízo valorativo sobre os elementos de instrução. Não se trata, obviamente, de obter o juízo antecipado de quem, futura e eventualmente, decidirá a controvérsia, mas de ensaiar um julgamento — também por um terceiro (presumivelmente) imparcial —, de sorte a reforçar a avaliação, pelas partes, das chances e dos riscos em futuro e real julgamento.²²⁵

Contar com a participação do Judiciário na atividade de instrução antecipada é, de alguma forma, trabalhar para que os elementos assim cada em dúvida a isenção do declarante (cf. *Instituições de direito processual civil*, vol. III, n. 325, p. 95).

223. Expressivamente nesse sentido, v. Isabelle Després, *Les mesures d'instruction "in futurum"*, pp. 144 e 146-148. De forma análoga: Henri Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (la théorie des éléments généraux des droits subjectifs)*, p. 130.

224. Oportunas as palavras de Cândido Rangel Dinamarco, segundo quem, encarada cada fonte de prova “em sua capacidade instrutória, daí assoma sua destinação a convencer quanto a alguma proposição de fato relevante para um julgamento pretendo: a prova é invariavelmente preordenada a alguma decisão, ato de poder que sempre terá lugar no processo” (cf. *A instrumentalidade do processo*, 13ª ed., p. 218).

225. V., infra, Capítulo VI, n. 68.

colhidos sejam idôneos²²⁶ a influir de forma relevante no espírito de quem eventualmente julgará, isto é, de quem declarará o direito no caso concreto; mesmo que não haja vinculação – que não precisa, mesmo, haver – entre o órgão (ou a pessoa) perante o qual se produz a prova antecipadamente, de um lado, e aquele que, depois, e eventualmente, resolverá o conflito, de outro lado.²²⁷ Isso, direta ou indiretamente, afeta a avaliação que as partes façam da prova e das chances que, a partir dela, possam ter.

E, sob o ângulo do juiz, embora não seja o caso de emitir juízos acerca dos elementos colhidos preliminarmente, parece correto afirmar que a prova pré-constituída mediante a intervenção estatal – para além da legitimação que resulta do contraditório, isto é, da participação das partes na formação da prova,²²⁸ nem sempre possível quando a pré-constituição da prova se dá fora do âmbito judicial²²⁹ – afasta o ceticismo de que podem ser alvo os elementos formados extrajudicialmente,

226. Como observou Cândido Dinamarco, “existe a predisposição a aceitar decisões desfavoráveis na medida em que cada um, tendo oportunidade de participar na preparação da decisão e influir no seu teor mediante observância do procedimento adequado (princípio do contraditório, legitimação pelo procedimento), confia na idoneidade do sistema em si mesmo. E, por fim: psicologicamente, às vezes, a privação consumada é menos incômoda que o conflito pendente: [sic] eliminado este desaparecem as angústias inerentes ao estado de insatisfação e esta, se perturbar, estará desativada de boa parte de sua potencialidade anti-social” (cf. *A instrumentalidade do processo*, 13ª ed., pp. 190-191).

227. Sobre o tema da oralidade, v., infra, Capítulo VI, n. 80.

228. Preservada, ainda, que seja a regra da persuasão racional do juiz, não de ter pesos diversos na formação do convencimento a prova pré-constituída unilateralmente, de um lado, e aquela que porventura tenha contado (em âmbito extrajudicial) com a participação efetiva dos interessados, de outro. Contudo, a observação constante do texto parece continuar válida mesma para a segunda hipótese, porque, embora a atuação das partes em contraditório funcione como uma forma de fiscalização recíproca, não se afasta a idéia de que o resultado seja, ainda assim, visto com ceticismo pelo juiz. V. Isabelle Després, *Les mesures d' instruction "in futurum"*, p. 148, nota 595, com amplas referências.

229. Lembrando o exemplo, dado por Taruffo, da marca de frenagem no asfalto, José Carlos Barbosa Moreira observou: “Todos sabemos que, realmente, não é possível exigir que a prova pré-constituída tenha sido sempre formada sob a égide do contraditório” (cf. “Provas atípicas”, *Repro 76/125*). Sobre o tema, mais amplamente, v. Chiara Besso, *La prova prima del processo*, pp. 21-23 – salientando que formas de assunção da prova que representem alternativa ao esquema clássico de colheita com audiência da parte perante o juiz são vistas pelo Conselho Superior da Magistratura italiano como “extremamente interessantes” (p. 23).

conferindo àquela primeira, sob o ângulo do julgador, uma inegável “superioridade”.²³⁰

Dentre outros fatores, esse resultado superior decorre da imparcialidade daquele que, em juízo, preside a produção da prova.²³¹ Conforme destaca a doutrina, a imparcialidade é garantia de justiça para as partes, que têm o direito de exigir um juiz imparcial, dado que o Estado, detentor do monopólio da função jurisdicional, tem o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas.²³² Por isso é que se destaca a relevância que ela tem como garantia do tratamento isonômico devido às partes.²³³

Isso, sem dúvida, vale para a produção da prova²³⁴ – com particular interesse para aquela feita de forma antecipada –, em cujo contexto, ain-

230. Correta, portanto, a conclusão a que chega Isabelle Després (cf. *Les mesures d' instruction "in futurum"*, p. 148).

231. Tratando-se de prova pericial, a exigência de imparcialidade estende-se ao perito, de quem também se exige o imprescindível conhecimento técnico (v., supra, Capítulo IV, n. 40). Destacando tais aspectos na doutrina pátria, v.: Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. IV, pp. 450-451; Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, 6ª ed., vol. II, pp. 571-573; Antônio Carlos de Araújo Cintra, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3ª ed., vol. IV, pp. 236-237; Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, t. II, p. 344; Eduardo Cambi, *A prova civil: admissibilidade e relevância*, p. 241; Marcelo Abella Rodrigues, *Elementos de direito processual civil*, 2ª ed., vol. II, pp. 406-407. Na doutrina estrangeira, v. Hernando Devis Echandía, *Teoría general de la prueba judicial*, 5ª ed., t. II, pp. 333-334, 394 e p. 398. Tratando-se de prova pericial complexa, a nomeação de diferentes peritos, devidamente aptos segundo as especialidades reclamadas em dada situação, afasta o risco de indevida delegação a pessoas – eventualmente indicadas pelo perito (se um só o nomeado) – que não gozem da confiança do juízo. De acordo: Cândido Rangel Dinamarco, *A reforma da reforma*, 6ª ed., p. 117.

232. Cf. Cintra-Grimover-Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 25ª ed., p. 58. Dessa obra colhe-se que “somente através da garantia de um juiz imparcial o processo pode representar um instrumento não apenas técnico, mas ético também, para a solução dos conflitos inter-individuais com justiça, (...)”; lembrando-se que: “Independentemente do reconhecimento de cada Estado, o direito internacional público coloca sob sua garantia os direitos primordiais do homem, inerentes à personalidade humana; entre eles, o direito ao juiz imparcial” (cf. ob. cit., p. 59).

233. Cf. Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, 6ª ed., vol. III, p. 136.

234. Em sentido diverso, Damásio Evangelista de Jesus anota julgamento do STF – certo que já antigo – no qual se entendeu não haver impedimento (CPP, art. 252) “em simples atos de ordenação processual ou de produção da prova (RTJ 53/294)”, esclarecendo o autor que se tratava de recebimento de denúncia e de interrogatório (cf. *Código de Processo Penal anotado*, p. 206).

da que com alguma ressalva, vigoram as idéias de que *ninguém pode ser juiz em causa própria*²³⁵ e de que é indispensável que aquele que julga o faça sem ser influenciado por quaisquer fatores que não o direito a ser atuado em concreto.²³⁶

É certo, como já foi realçado, que a produção da prova não contém uma declaração do direito — e, nessa medida, não representa propriamente um julgamento.²³⁷ É relevante também repisar que a atividade probatória pode ser realizada pelas partes;²³⁸ e, a propósito, a experiência dos sistemas de *common law* mostra que os interessados podem mesmo se desincumbir dessa tarefa em um ambiente de respeito às regras que disciplinam as providências de instrução preliminares, com um resultado útil e proveitoso.

Mas, como já se procurou demonstrar, a intervenção estatal na produção da prova — e isso fica ainda mais claro quando ela ocorre de forma antecipada — não se limita aos meros registro e documentação,²³⁹ mas consiste em verdadeira e concreta atuação do direito objetivo.²⁴⁰

235. É a lição de que se colhe na doutrina de Liebman: "O juiz precisa antes de tudo ser *terceiro* em relação às partes em litígio, estranho às suas posições e aos seus interesses" (cf. *Manual de direito processual civil*, 3ª ed., vol. I, p. 9). Em linha semelhante: Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, 1ª vol., pp. 197-198.

236. Cf. Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, t. II, p. 547.

237. Sobre isso, v., supra, nn. 51-54.

238. Mesmo aquela que não se limite à prova resultante da forma e da solenidade exigidas para certos negócios jurídicos.

239. Mesmo esta pode dar ensejo a eventual controvérsia entre as partes, a reclamar — como providência útil ou, mesmo, indispensável — a presença de um terceiro imparcial. É pensar na oitiva de uma das partes ou de uma testemunha e na forma pela qual se reduz a termo o que foi objeto da declaração. Certo que a aplicação da tecnologia mais avançada, que capta de forma a excluir eventual manipulação de terceiro a integralidade do depoimento (mediante gravação ou filmagem), pode superar isso. Mas na realidade brasileira nem sempre isso é possível. Embora sem caráter científico, a experiência pessoal demonstrou, em poucas vezes em que o magistrado deixando a sala de audiência e a oitiva de testemunhas a cargo dos advogados, que não tardou a se instaurar controvérsia sobre o modo de se consumir referida documentação do depoimento... A propósito, na doutrina clássica, Chiovenda arrolou, dentre os poderes inerentes à função jurisdicional, o que chamou de "poder de documentação" (cf. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, p. 34).

240. V., supra, n. 54, a propósito do escopo de atuação da vontade concreta do direito objetivo que se cumpre na produção da prova, e em particular da produção da prova de forma antecipada e autônoma (não-cautelar).

Assim, se não há declaração do direito no caso concreto, há pelo menos a resolução de questões para as quais a imparcialidade é imprescindível — se não para a simples atividade de produção,²⁴¹ para preservação da validade e da eficácia do quanto se produziu. Por outro lado, a imparcialidade é, quando menos, fator que dá tranquilidade aos interessados e confiança na retidão das decisões;²⁴² o que tem aplicação à produção antecipada da prova mesmo nos sistemas de *common law*, nos quais as providências preliminares, ainda que com relevante atuação dos sujeitos parciais, contam com a presidência do magistrado, na forma já indicada.

241. A conveniência da simples produção da prova presidida pelo juiz, na qualidade de terceiro imparcial, é mais evidente no caso de prova pericial. É pensar na hipótese de prévia vistoria de imóveis vizinhos de outro no qual se pretende erigir determinado prédio; providência que, conforme notícia a doutrina, é consideravelmente frequente no Direito Francês, diante da abertura dada pelo art. 145 do CPC (cf. Chiara Besso, *La prova prima del processo*, pp. 91-92 e notas, com amplas referências). A prova até pode ser realizada extrajudicialmente, e mesmo por iniciativa unilateral do construtor que pretenda se acautelar contra futuros reclamos. Contudo, se assim ocorrer, suposto que o trabalho pericial venha, depois, a ser tido como equivocado e, em razão disso, o construtor venha a ser civilmente responsabilizado em pleitos deduzidos por vizinhos prejudicados, parece lícito supor que o experto responda, por seu turno, junto àquele a quem prestou serviços. Tal ocorrência, contudo, parece menos plausível quando se pensa na perícia feita por perito nomeado e fiscalizado pelo juiz, ainda que a intervenção desse último venha a ter caráter de mera homologação e nada obstante a regra que, entre nós, consta do art. 147 do CPC. A respeito deste último e do alcance do dever do perito de se abster de prestar "informações inverídicas", ao menos parte da doutrina tende a reconhecer que "o erro de opinião, o desacerto de julgamento, é tido como risco do ofício e não acarreta responsabilidade para o perito" (cf. Hélio Tomaghi, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, pp. 458-459. Assim também Antônio Cláudio da Costa Machado, *Código de Processo Civil interpretado e anotado*, p. 468. Em sentido diverso: Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 416; Victor de Santo, *La prueba pericial*, pp. 125-126).

242. A propósito da medida de justificação, que é forma de antecipação da prova desvinculada da urgência, Galeno Lacerda e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira escreveram: "Deve ser combatida, por outro lado, de forma enérgica, a prática reproável, adotada por alguns juízes, de incumbir a serventário a direção da audiência de justificação. Essa atitude implica desmerecer a dignidade da justiça e em muito contribuiu, antigamente, para o desprestígio da providência. O advogado, com toda razão, poderá recusar-se a participar da farsa, dela cientificando os órgãos correccionais competentes, exigindo ademais conste da ata o seu protesto" (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, t. II, p. 324).

57. segue: *antecipação da prova e valoração pelo órgão estatal*

Para afirmação do caráter substitutivo não é necessário, de outra parte, que o juiz valora a prova produzida — embora, como já se procurou realçar, não seja exato dizer que sua produção, de forma antecipada ou não, dispense, em termos absolutos, qualquer tipo de apreciação dessa natureza, isto é, relativa ao conteúdo da prova.²⁴³

Com efeito, a questão tem relevância para o tema da produção antecipada da prova na medida em que se procura estabelecer uma relação entre a prova assim produzida, de um lado, e um prognóstico a respeito da controvérsia, de outro. Naturalmente, isso implica, como já dito, alguma forma de valoração da prova, que naquele momento, e salvo os casos de inadmissibilidade da prova, por sua prévia e negativa valoração,²⁴⁴ não parece deva ser feita pelo juiz que preside a produção antecipada, ficando, então, substancialmente a cargo das partes e seus advogados.

Poder-se-ia ponderar que eventual manifestação do juiz sobre o resultado ou sobre o conteúdo da prova produzida de forma preliminar contribuiria para estimular as partes a obter alguma forma de autocomposição. Os juízos que pudessem ser — eles próprios — antecipados por um agente estatal poderiam ter, na mente das partes e de seus advogados²⁴⁵ um peso relevante naquele contexto.

De duas, uma: ou o juiz encarregado da produção antecipada não é o juiz encarregado do julgamento do mérito da controvérsia ou, diver-

243. Negando qualquer possibilidade de valoração da prova (no caso, pericial) produzida de forma antecipada, v. Ovídio Baptista da Silva, *Do processo cautelar*, pp. 366-367 — condenando o que seria uma “invasão do campo probatório pelo juiz da cautelar”.

244. Para ilustrar, em matéria de exibição de documento (uma das formas de se exercitar o direito autônomo à prova), a jurisprudência, refletindo a posição dominante na doutrina, propende a entender que no âmbito da referida medida não se aplica o disposto no art. 359 do CPC, não havendo espaço, ali, para aplicação da “pena de confissão” (cf. Theotônio Negrião-José Roberto F. Gouvêa, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, p. 975, nota 1a ao art. 845 do CPC).

245. Aos quais, em nossa cultura, frequentemente já se imputa a deficiência de sua formação — “para atuar no processo judicial, e não em conciliação” — e a pecha de eventualmente fazerem prevalecer seus interesses sobre os da parte (cf. Fernando César Nimer Moreira da Silva, “Conciliação e mediação em São Paulo, Brasil: evidências empíricas”, p. 11). Segundo observou Kazuo Watanabe, entre juízes haveria a “falsa percepção” de que a função de conciliar seria “atividade menos nobre” (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. 686).

samente, aquele perante quem se produziu antecipadamente a prova é também investido de competência para julgar a causa.

Na primeira hipótese, eventuais observações do magistrado quanto ao conteúdo da prova aparentemente não iriam além de mera especulação; e, nessa medida, soariam pouco produtivas.²⁴⁶ Mas, ao se ver com ceticismo eventual pronúncia do juiz relativamente ao conteúdo da prova (imediatamente após sua produção de forma antecipada), não se está a negar que o juiz possa — na verdade, deva —, naquela oportunidade, tentar a conciliação das partes ou estimulá-las a soluções de autocomposição, inclusive mediante recurso a mediação, arbitragem²⁴⁷ ou outras formas de solução alternativa de controvérsias.²⁴⁸ Seria um contra-senso sustentar o papel que a prova antecipada desempenha como instrumento para estimular as partes a soluções de autocomposição para, em seguida, negar a possibilidade de o juiz tentar a conciliação com base na prova produzida.²⁴⁹ Tentar a conciliação, a todo momento em que isso se revelar possível, é dever do magistrado (no Direito Brasileiro, positivado na regra do art. 125, V, do CPC); e na hipótese aventada maior liberdade teria o juiz para fazê-lo, dada a premissa de não estar a ele afeta a tarefa de decidir a controvérsia.²⁵⁰

246. De forma taxativa, Ovídio Baptista da Silva asseverou que: “O juiz que preside a instrução preventiva, proposta antes do ajuizamento da causa, sob a forma de ação cautelar, certamente ainda não recebe a prova como seu destinatário natural, pois só o juiz da causa onde ela deva ser afinal produzida averiguará sua legitimidade e pertinência e a receberá como prova” (cf. *Do processo cautelar*, p. 369).

247. Lembre-se, a propósito, a regra do art. 24 e §§ da Lei 9.099/1995, que abre a possibilidade da remessa das partes para a arbitragem.

248. V. considerações feitas no tópico seguinte e também a propósito do dever das partes de valoração da prova produzida antecipadamente (supra, Capítulo IV, n. 40).

249. Dados recolhidos pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais — CEBEPI, na comarca de São Paulo, e analisados por Fernando César Nimer Moreira da Silva, citado em nota acima, levaram o autor a afirmar que “a atuação do juiz não tem se mostrado decisiva para a celebração de acordos, pois, na audiência de instrução e julgamento, o índice de acordos está muito abaixo do esperado” (cf. “Conciliação e mediação em São Paulo, Brasil: evidências empíricas”, p. 11).

250. Sobre a incompatibilidade entre as tarefas de tentar a conciliação e de julgar ou, ainda, sobre a inconveniência de tal cumulação, v., na doutrina nacional, respectivamente: José Joaquim Calmon de Passos, *Inovações no Código de Processo Civil*, p. 5, e Ada Pellegrini Grinover, *Novas tendências do direito processual*, 1990. Sobre o tema na experiência francesa, v. Roger Perrot, “O processo civil francês na véspera do século XXI”, *RePro* 91/209.

Nesse particular, desde que as considerações do juiz sobre a prova produzida não sejam feitas de forma a excluir juízos que possam também ser feitos pelas partes e advogados, não parece haver fundamento para contestar aquela espécie de iniciativa. Nessa seara, o que parece indesejável é que a avaliação a ser feita pelas partes sofra a interferência do que poderia — ainda que de forma não apropriada ou, mesmo, equivocada — parecer aos olhos das partes alguma forma de adiamento do julgamento estatal; que, com efeito, não pode ocorrer em contexto de informalidade e não-oficialidade, vez que isso significaria a negação dos postulados que integram o devido processo legal. Assim, por mais que se reconheça ao magistrado o dever de buscar a conciliação, cogitando-se de valoração da prova, melhor, então, que ela, se não exclusivamente confinada às próprias partes e seus advogados, seja remetida a um autêntico terceiro,²⁵¹ ainda que indicado pelo próprio magistrado, conforme rol disponível no ambiente das formas de solução alternativa de controvérsias.²⁵²

Quanto à segunda das hipóteses acima aventadas (o juiz encarregado da produção antecipada é o juiz também investido de competência para julgar a causa), não deixam de ser ponderáveis os argumentos segundo os quais fazer considerações antecipadas sobre questões de fato, antes de se completar adequadamente a instrução e decidir a causa efetivamente, constitui causa de suspeita de parcialidade do juiz.²⁵³ Nessa linha de raciocínio, seria preciso afastar o juiz não apenas por ligação com as partes, mas também em vista de ter concepção formada acerca do conflito ou das teorias que o envolvam, como, ainda, por ter passado que possa fazer supor que a questão posta em juízo lhe seja simpática

251. Segundo Russel B. Korobkin, dentre as principais causas que prejudicam o sucesso da conciliação está a desvalorização da oferta feita pelo adversário (cf. "Psychological impediments to mediation success: theory and practice", *Ohio State Journal on dispute resolution*, 2, vol. 21, pp. 283 e ss.). Fernando César Nimer Moreira da Silva observou haver quatro explicações para isso: (1ª) a parte acha que a oferta feita pela outra parte deve ser boa para o ofertante e ruim para o receptor; (2ª) a parte mal-intencionada tende sempre a desvalorizar a oferta feita pela outra; (3ª) há uma expectativa de que a desvalorização gere mais concessões do adversário em momento subsequente; e (4ª) a parte desvaloriza a oferta porque acha que uma oferta atingível é menos atrativa que uma inatingível (cf. "Conciliação e mediação em São Paulo, Brasil: evidências empíricas", especialmente p. 23). Daí, portanto, a vantagem — certamente não absoluta — da intervenção de terceiro.

252. V. tópico imediatamente seguinte.

253. Essa a opinião de Nelson Nery Jr.-Rosa Maria de Andrade Nery, *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, p. 402.

ou antipática.²⁵⁴ Portanto, adiantar a valoração da prova é algo que — se não for excluído de forma absoluta — deve ser feito com grande cautela, considerando-se a regra positivada no art. 135, IV, do CPC, que reputa suspeito o juiz que "aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa".²⁵⁵

É certo que na antecipação da tutela há efetiva valoração antecipada da prova, precisamente para que se possa negar ou deferir o correspondente pleito. Contudo, note-se que, nesse caso, a valoração da prova é feita em concreto e serve de fundamento a uma dada decisão judicial; portanto, devidamente motivada e eventualmente sujeita a controle recursal. A valoração da prova pelo órgão judicial em tais hipóteses é — ainda que marcada por caráter provisório — indispensável à edição do ato a que está obrigado.

Por outro lado, embora neste tópico se cogite da valoração da prova produzida antecipadamente pelo órgão judicial, não será demasiado, até mesmo para fazer uma espécie de contraponto, lembrar que naquele mister está reservado ao advogado um papel muito importante. Ele é o detentor do conhecimento técnico, ele está em contato direto com a parte e — presume-se — desfruta de sua confiança. No momento da valoração da prova produzida de forma antecipada, com a atenção voltada para as chances e riscos das partes, é ao advogado que cabe grande parte da responsabilidade pelas decisões a tomar.²⁵⁶

Apenas é preciso igualmente considerar que o advogado, por mais consciente de seus deveres jurídicos e éticos, além de sua relevante missão social, está sujeito, ele próprio, a natural perda de imparcialidade. Ele é em boa medida parcial, quer pela simples circunstância de assumir a defesa de um dado interesse, quer, mesmo, porque o êxito do consti-

254. Cf. Clito Fornaciari Jr, "Da necessária releitura do fenômeno da suspensão", *RT* 766/66-67.

255. Oportunas as palavras de José Carlos Puoli sobre ser "muito tênue a linha divisória a separar o tipo de atividade ilícita do juiz (de aconselhamento das partes na busca da conciliação) daquilo que está proibido pelo mesmo ordenamento (sob a rubrica de vedação ao pré-julgamento)" (cf. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*, p. 209).

256. Esse aspecto foi acentuado por Paulo César Pinheiro Carneiro ao lembrar que, mais diretamente, a parte só participa do processo quando presta depoimento pessoal ou quando participa de sessão de tentativa de conciliação. Daí dizer que "a formulação de uma nova base que assegure o acesso à justiça passa, necessariamente, pela colocação de princípios norteadores de um novo comportamento dos advogados em face das partes e, também, de como eles devem atuar no processo" (cf. *Acesso à justiça*, pp. 69-71).

tuíte significa o seu próprio. Portanto, não há como negar que o advogado, envolvido no debate, é portador de um interesse próprio. Isso há que ser considerado, embora não impeça que o causídico examine o quadro probatório com realismo e objetividade, expondo ao constituinte as alternativas – das mais favoráveis à mais desastrosas – que podem advir de um julgamento estatal.²⁵⁷

Nesse particular, aliás, não se pode desprezar o papel desempenhado pela própria parte. Corre – dentre outros – o risco de ser ingênua a idéia de que a postura ética do advogado possa ser substancialmente diversa daquela assumida pelo constituinte. Há, nesse particular, uma relação de adequação entre um e outro, e que, se não confirmada ao longo do tempo, acabará certamente resultando no término da relação entre advogado e constituinte.

58. segue: valoração da prova a partir de mecanismos de solução alternativa de controvérsias

As considerações feitas nos dois tópicos imediatamente precedentes podem e devem ser complementadas pela lembrança de mecanismos – para os quais já se fez breve aceno – tendentes a estabelecer alguma forma de valoração da prova produzida de forma antecipada, de sorte a nortear as partes, a viabilizar soluções de autocomposição e, portanto, a evitar o julgamento estatal.

Está-se, como cediço, no terreno do que se convencionou chamar de *alternative dispute resolution*/ADR, que na experiência americana ganhou contornos de verdadeira euforia,²⁵⁸ mas que também entre nós tem sido alvo de atenção não apenas da doutrina, mas da legislação vigente e projetada. Trata-se de tema consideravelmente amplo, e que no presente estudo há de merecer exame limitado, sempre de forma

257. Na doutrina portuguesa, Rui Manuel de Freitas Rangel, tratando da “base instrutória realizada em audiência preliminar”, queixa-se da circunstância de que “os advogados ainda não estão vocacionados para o espírito do Código de Processo Civil revisado, que apela para uma maior intervenção das partes nesta fase” (cf. *O ónus da prova no processo civil*, p. 111). O autor é magistrado.

258. Cf. Peter Schlosser, “*Alternative dispute resolution* (uno stimolo alla riforma per l’Europa)”, *Rivista di diritto processuale*, outubro-dezembro/1989, p. 1.006. Entre nós, Irineu Strenger observou que: “Os Estados Unidos podem ser vistos como um laboratório para inovação em *dispute resolution* e, conseqüentemente, citam vários exemplos para uso de *alternative dispute resolution* com técnicas aprimoradas” (cf. “*Alternative dispute resolution* (ADR)”, in Adriana Noemi Pucci (coord.), *Aspectos atuais da arbitragem*, p. 138).

vinculada ao assunto da antecipação da prova fora das hipóteses de urgência.

Dentro desses limites, merece lembrança, em primeiro lugar, a chamada “avaliação neutra de terceiro” (*early neutral evaluation*), mecanismo pelo qual, *grosso modo*, se submete a uma pessoa que desfrute da confiança das partes o panorama da controvérsia – incluindo-se aí as provas disponíveis em dado momento –, para que emita um parecer ou uma opinião, de forma não-vinculante. Não se trata de obter o juízo antecipado de quem, futura e eventualmente, decidirá a controvérsia, mas de ensaiar um julgamento – a possível decisão do juiz –, de sorte a contribuir para uma mais realista e isenta avaliação, pelas partes, das chances e dos riscos em futuro e real julgamento. São elementos importantes desse mecanismo a imparcialidade do terceiro e o comprometimento com a confidencialidade.²⁵⁹

Em doutrina coloca-se em dúvida o grau de eficácia que esse mecanismo, se adotado isoladamente, possa ter.²⁶⁰ Preconiza-se que sua utilidade dependeria da conjugação do método ao da mediação, a partir da qual se poderia, então, estabelecer autêntica forma de negociação entre as partes. Apesar disso, sem propriamente negar a procedência da ressalva, mas partindo-se das premissas de que o terceiro verdadeiramente goze de autoridade perante as partes envolvidas e de que essas (e seus advogados) estejam dispostas e abertas a avaliar suas chances com realismo,²⁶¹ não se pode negar a utilidade que o expediente tem, na medida em que pode trazer os envolvidos para bases razoáveis de negociação, ainda que sem a subseqüente intervenção de um mediador.²⁶²

259. Na doutrina brasileira, sobre o tema, v.: Petrónio Calmon, *Fundamentos da mediação e da conciliação*, pp. 101-102; Marco Antônio Garcia Lopes Lourençini, *Prestação jurisdicional pelo Estado e meios alternativos de solução de controvérsias: convivência e formas de pacificação social*, pp. 110-111; Juliana Demarchi, *Mediação – Proposta de implementação no processo civil brasileiro*, pp. 134-136.

260. Assim, Barbara A. Philips, “Mediation: did we get it wrong?”, in *Willamette law review* 33/652. Tratando amplamente do tema, v.: Wayne D. Brazil-Michael A. Kahan-Jeffrey P. Newman-Judith Z. Gold, “Early neutral evaluation: an experimental effort expedite dispute resolution”, *Judicature* 5, vol. 69, pp. 279 e ss.; David I. Levine, “Early neutral evaluation: a follow-up report”, *Judicature* 4, vol. 70, p. 240.

261. Russel B. Korobkin indicou que um dos óbices à conciliação das partes reside no excesso de otimismo e de confiança das partes (cf. “Psychological impediments to mediation success: theory and practice”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 2, vol. 21, pp. 283 e ss.).

262. Substancialmente de acordo: Kim Dayton, “The myth of alternative dispute resolution in the federal courts”, *Iowa law review* 5/912-914. Também: Vance

Aliás, a chamada *mediação avaliativa*²⁶³ é um modelo no qual se atribui ao mediador a função de alertar as partes sobre possíveis resultados do processo judicial, mediante a identificação de pontos fortes e fracos de suas posições.²⁶⁴ A mediação, nesse caso, não se vale exatamente ou apenas de técnicas de aproximação das partes, mas abrange o fundo da controvérsia.²⁶⁵

Outro mecanismo análogo é o chamado "minijulgamento", "mini-juízo" ou *minitrial*. Ele envolve representantes das partes investidos de poderes para adotar soluções de autocomposição. A atividade empreendida consiste em uma apresentação, pelas partes ou por advogados, acerca da controvérsia e dos elementos de prova disponíveis — não descartada a possibilidade de produção de prova nessa oportunidade. Essa apresentação tem por escopo a formação do convencimento das partes; e, para tanto, a ela se segue uma tentativa de negociação. Os trabalhos são coordenados por um terceiro e é possível que, à semelhança do que já foi visto, se recorra a opinião neutra, que pode, a critério das partes, ser eventualmente vinculante.²⁶⁶

Outra figura que ainda merece menção é a do *special master*, cuja intervenção é admitida também no Direito Norte-Americano. Trata-se de pessoa que exerce profissão liberal, eventualmente um professor ou um juiz aposentado, mas jamais um membro de tribunal. Dentre as tarefas que podem ser cometidas a esse terceiro inclui-se a comunicação às partes de sua opinião sobre como a controvérsia deveria ser resolvida.²⁶⁷

K. Opperman, "The pros and cons of ADR, including ADR/litigation hybrids", in *The Sedona Conference Journal* 1/79-81.

263. A propósito do aspecto conceitual, v. Juliana Demarchi, *Mediação — Proposta de implementação no processo civil brasileiro*, p. 127.

264. Assim: Leonard Riskin, "Understanding mediator's orientations, strategies, and techniques: a grid for the perplexed", in *Harvard negotiation law review* 7/26-28 e ss.

265. Cf. Robert A. Baruch Bush, "Substituting mediation for arbitration: the growing market for evaluative mediation and what it means for the ADR field", in *Pepperdine dispute resolution law journal* 1, vol. III, pp. 1.131 e ss.

266. A propósito dos elementos indicados no texto, v., em doutrina: Peter Schlosser, "Alternative dispute resolution (um estímulo alla reforma per l'Europa)", *Rivista di diritto processuale*, outubro-dezembro/1989, pp. 1.008-1.010; Entre nós: Sidnei Agostinho Beneti, "Resolução alternativa de conflitos (ADR) e constitucionalidade", *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo* 9/120.

267. Cf. Peter Schlosser, "Alternative dispute resolution (um estímulo alla reforma per l'Europa)", *Rivista di diritto processuale*, outubro-dezembro/1989, pp. 1.010-1.011. Mais adiante referido autor traçou um paralelo entre as figuras do *special master*, de um lado, e do perito, de outro lado, na Itália, Alemanha e França (p. 1.013).

Da existência desses mecanismos podem ser extraídas algumas constatações, úteis no contexto deste trabalho.

Em primeiro lugar, a multiplicidade de mecanismos de solução alternativa de controvérsias — incluindo mas não se limitando às acima mencionadas — parece mesmo ter origem, de modo universal, na incapacidade do Estado, ainda que por circunstâncias variáveis no tempo e no espaço, de proporcionar às partes uma resposta mais ágil e menos custosa (em sentido amplo).

Particularmente na experiência norte-americana o desenvolvimento de semelhante arsenal se deveu inclusive à consideração dos elevados custos (em sentido amplo) inerentes à fase de *pretrial discovery*.²⁶⁸⁻²⁶⁹ Isso, aliás, não deixa de ser paradoxal, porque, ao mesmo tempo em que a produção preliminar da prova se afigura importante para avaliação das chances, por outro lado, a atividade de investigação é reconhecidamente custosa.²⁷⁰ O que se percebe, no entanto, é que a busca de variadas formas alternativas de solução de controvérsias não se divorciou da tentativa, tanto quanto possível, de obtenção de elementos que permitam uma objetiva e razoável avaliação de chances e riscos, na busca de uma solução de autocomposição; apenas tentou abreviar, concentrar ou tornar mais objetiva a fase de levantamento e apreciação de fatos e de dados relevantes para a tomada de uma decisão (das partes), propiciando que essa última seja atingida com maior presteza. Isso fica evidente, por

268. Assim, Peter Schlosser, "Alternative dispute resolution (um estímulo alla reforma per l'Europa)", *Rivista di diritto processuale*, outubro-dezembro/1989, p. 1.006. O autor indica outras razões que justificam o grande desenvolvimento dos mecanismos de solução alternativa de controvérsias nos Estados Unidos. Segundo ele, contribuíram para aquele quadro as circunstâncias de que, no pós-guerra, os Estados Unidos constinuem-se no principal mercado para novas idéias, inclusive no campo jurídico; lá não se conhece — não, ao menos, como regra geral —, uma obrigação de ressarcimento de despesas processuais; o juiz americano não é habituado a auxiliar as partes a encontrar uma solução consensual para a controvérsia (cf. ob. cit., pp. 1.007-1.008). Ainda sobre o tema, v., entre nós: Irineu Strenger, "Alternative dispute resolution (ADR)", in Adriana Noemi Pucci (coord.), *Aspectos atuais da arbitragem*, pp. 136-137.

269. De forma um pouco mais ampla, mas coerente com o que está no texto e na nota precedente, Francis E. McGovern e Francis H. Hare sugerem relação entre o desenvolvimento das *alternative dispute resolutions* e o desgasto gerado pela técnica "adversarial" (cf. "Lessons from U. S. alternative dispute resolution", in *La mediazione: un mode alternative de résolution des conflits?*, pp. 168-170).

270. O que — forçoso convir — não é um exclusividade da prova produzida antecipadamente. O custo da prova, a rigor, independe do momento no qual a mesma tem lugar. A questão é saber se existe ganho relevante com a antecipação.

exemplo, quando se atenta para a gênese do chamado *minitrial*.²⁷¹ Portanto, ainda que se constate e se reconheça que a técnica da *pretrial discovery* tem inconvenientes importantes, isso não é suficiente para negar a utilidade conceitual do esclarecimento e da orientação proporcionados pela investigação e pela pré-constituição da prova.

Em segundo lugar, os mecanismos acima lembrados e descritos envolvem alguma forma de valoração da prova disponível em dado momento. Mas, ao menos em princípio, isso fica atribuído a sujeito diverso daquele que está encarregado de proferir o julgamento estatal. Essa verificação abona consideração precedente quanto à inconveniência – para falar o menos – de valoração da prova (produzida de forma antecipada) por parte do juiz de forma desvinculada do ato de julgamento (estatal). Por outras palavras, na busca de solução de autocomposição, não sendo eventualmente bastante a avaliação que possam fazer as próprias partes e seus advogados,²⁷² a valoração da prova pré-constituída há que ser feita preferivelmente por terceiro.

Em terceiro lugar – e isso parece ser o mais importante –, a existência de todos esses mecanismos só confirma a tese que aqui se quer demonstrar. Com efeito, em todos eles a tônica é a busca de alguma forma de avaliação de chances das partes, a partir de elementos objetivos, dentre os quais as provas pré-constituídas. Neles, ao mesmo tempo em que a prova se apresenta com o significado de *demonstração*, ela também apresenta contornos de típica *experimentação*, isto é, apresenta-se como uma atividade destinada ao recolhimento e à análise de elementos idôneos à confirmação ou à refutação das diferentes versões de fato que se apresentam; ou uma espécie de *teste*, ao fim do qual é possível admitir como provável ou fundada uma dada proposição de fato.²⁷³

271. Expressivo a respeito, Peter Schlosser narra que os advogados das partes tiveram a idéia de limitar o tempo para a ulterior *discovery* a seis semanas, nas quais deveriam interrogar apenas pessoas com funções-chave. Mas, a dinâmica do ato envolvia uma apresentação de modo análogo a um *trial* americano, com a apresentação do resultado probatório (cf. *Alternative dispute resolution* (uno stimolo alla riforma per l'Europa), *Rivista di diritto processuale*, outubro-dezembro/1989, p. 1.009).

272. E, obviamente, não sendo o caso de as partes se submeterem à arbitragem, que, nesse particular, repete o mecanismo do julgamento estatal.

273. Sobre a prova como experimentação, em raciocínio próximo do exposto, mas em contexto diverso, v. Michele Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, p. 415, e “Il giudice e il storico”, *Rivista di diritto processuale* 22/438 e ss. Na doutrina brasileira, Antônio Magalhães Gomes Filho bem destacou o aspecto ao mostrar que, sob o ângulo da *experimentação*, “trata-se de realizar um teste, ao fim do qual é possível admitir como verdadeira, fundada, provável etc. a proposição inicial” (cf. “Notas

Tais mecanismos mostram claramente que esse é o mais adequado caminho para a obtenção de soluções de autocomposição que possam ser consideradas legítimas e que, portanto, se prestem à consecução do escopo social da jurisdição. Trata-se de permitir às partes a identificação dos aspectos relevantes da controvérsia e a consequente busca da melhor solução. Dá-se, assim, ênfase à autodeterminação das partes, que inclui, dentre outros aspectos, o acesso as informações necessárias para uma decisão e para a consumação de um acordo.²⁷⁴

Sobre isso, embora nem todos os meios de solução alternativa de controvérsias envolvam alguma forma de produção e valoração antecipadas de prova (para tanto, basta pensar na mediação “facilitadora”²⁷⁵ e na arbitragem), não deixa de ser paradoxal que na realidade brasileira haja grande empenho – na esfera doutrinária, judicial e legislativa – na ampliação dos mecanismos de solução a partir das próprias partes sem que, contudo, semelhante entusiasmo se verifique em relação aos meios pelos quais se podem proporcionar aos interessados condições objetivas para autocomposição.

59. segue: intervenção estatal necessária

Para conclusão das considerações feitas nos tópicos precedentes, convém observar que, mais que simplesmente útil, a intervenção estatal para a produção antecipada da prova pode ser eventualmente indispensável, na medida em que ela envolva a prática de atos de força ou de alguma forma privativos do Estado.

É pensar nas hipóteses em que a apresentação física de certa coisa ou documento seja necessária e haja resistência da parte que, por outro

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. 305-309).

274. Assim, expressivamente, Susan Oberman, “Mediation theory versus practice: what are we really doing?”, in *Ohio state journal on dispute resolution* 20/795 e ss.

275. V. Juliana Demarchi, *Mediação – Proposta de implementação no processo civil brasileiro*, pp. 124-125. Segundo referida autora, na abordagem de facilitação, o mediador deve funcionar como “organizador” do procedimento e “agente catalisador da negociação das partes”, devendo promover o diálogo e auxiliar mediante a criação de “opções de possíveis acordos”. Conquanto o mediador não ofereça “respostas ou sugestões concretas”, isso não significa que não deva promover “reflexão das partes sobre possíveis resultados de uma eventual demanda judicial” (cf. ob. cit., p. 125).

lado, não possa ser superada mediante o estabelecimento de um ônus, cuja não-observância leve à admissão dos fatos que se pretende provar (confissão ficta). É pensar também nos casos de quebra de sigilo bancário e fiscal, para o quê a intervenção estatal, diante da recusa da parte, se revela rigorosamente indispensável.

É certo que nesses casos a atuação jurisdicional não chega a ter caráter primário. As partes, havendo consenso, podem produzir o efeito jurídico correspondente ao resultado da prova pretendida.²⁷⁶ Não se trata, portanto, de processo que pudesse ser qualificado como necessário, e a atividade jurisdicional é mesmo secundária.

Por outro lado, não desprestigia o caráter jurisdicional da atividade de produção da prova — especialmente se considerada de forma antecipada e autônoma — a eventual inexistência de lide, elemento realçado na doutrina italiana clássica e em prestigiosa doutrina brasileira como indispensável ao conceito de jurisdição.²⁷⁷ É que, embora o conflito de interesses qualificado por pretensão resistida possa até estar presente, a produção da prova mediante intervenção estatal não o exige, necessariamente.

Nesse ponto específico, como já acenado, cabe a usual objeção (oposta ao conceito de jurisdição a partir de lide) de que há casos em que o efeito jurídico pretendido pelas partes não pode ser por elas obtido senão através do processo, ainda que entre elas haja concordância.²⁷⁸ No caso da prova, sua formação pode ser fruto da atividade das partes e, de fato, a ausência de um conflito de interesses pode sugerir a dispensa da intervenção estatal, não se vislumbrando, como dito acima, processo dito necessário para a produção de certa prova.

Nesse aspecto, a intervenção estatal — embora útil, conforme acima se procurou demonstrar — não se revela absolutamente indispensável para assegurar a validade da prova ou para garantir sua futura eficácia. Tais atributos podem ser reconhecidos, oportunamente e pelo órgão competente para declaração do direito, mesmo se a prova for produzida sem mencionada intervenção. Não se descarta, inclusive, e ao menos em tese, que certa prova produzida fora de juízo — desde que com a participação dos envolvidos — venha a ser tida como mais relevante para dado

276. As partes, e não uma delas. É possível que alguém voluntariamente abra mão de seu sigilo bancário ou fiscal, ou, ainda, que exhiba os documentos ou coisas que lhe são demandados. A propósito, v. a seqüência do texto.

277. A propósito, v. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Galeno Lacerda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, t. II, pp. 237-238.

278. A respeito, v. Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, 13ª ed., pp. 252-253.

judgamento que um outro elemento de instrução produzido sob presidência estatal.

Contudo, isso apenas reforça o argumento de que lide não é elemento conceitual de jurisdição, cujas notas essenciais residem nos escopos de atuação da vontade concreta do direito e de pacificação (mediante eliminação da controvérsia) e também no caráter substitutivo; todos eles, como se procurou demonstrar, presentes na produção da prova de forma antecipada, com a amplitude que aqui se preconiza. Nem é caso de procurar uma lide “latente” que pudesse existir — e depois se manifestar — quanto à extensão das medidas de instrução ou mesmo com relação à sua formalização ou documentação.²⁷⁹

Por outro lado, sendo indispensável a prática de atos de coerção ou privativos do Estado, é de se duvidar que outro órgão estatal — que não integre o Poder Judiciário ou, ao menos, que não seja marcado por rigorosa imparcialidade²⁸⁰ — possa determiná-los.

Com efeito, ainda que se possa admitir uma presunção de legalidade e de legitimidade de outros órgãos estatais para referido mister, se a estes faltar o atributo da imparcialidade,²⁸¹ não há como admitir a prevalência de sua vontade sobre a daquele que resiste à prática de certa providência de instrução, se escudado em garantias constitucionais ou legais. É pensar, mais uma vez, no sigilo bancário ou fiscal e na intimidade, entre outros.²⁸² Certo que essas garantias, sejam quais forem, não terão

279. V. Ada Pellegrini Grinover, *Direito processual civil*, pp. 69-70.

280. Aqui vem a calhar a clássica lição de Chiovenda no sentido de que a função jurisdicional tem a seu serviço uma série de poderes “que em si mesmos podem pertencer a órgãos não-jurisdicionais, mas que revestem caráter jurisdicional pelo objetivo a que se coordenam, vale dizer, a substituição da atividade do outro por uma atividade pública” (cf. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, p. 26). Portanto, em senso contrário, entende-se que os poderes inerentes à função jurisdicional não têm lugar quando não há caráter substitutivo, mas juízo de determinada pessoa — ainda que integrante do Estado — sobre sua própria atividade. Como está dito no texto, ainda que a esses outros órgãos estatais se possa e se deva reconhecer certos poderes, haverá sempre a necessidade — ou, quando menos, a possibilidade — do controle estatal.

281. Incluindo-se aí o Ministério Público.

282. É pensar nos dados disponíveis à Receita Federal ou mesmo por força de convênios estabelecidos entre essa e outros órgãos. Lembre-se que o art. 4º, *caput*, da Lei Complementar 105 prevê que o Banco Central e a Comissão de Valores Mobiliários, nas suas áreas de atribuição, além das instituições financeiras, devem fornecer ao Poder Legislativo Federal as “informações e documentos sigilosos que, fundamentadamente, se fizerem necessários ao exercício de suas respectivas competências constitucionais e legais”. Além disso, o § 1º do referido dispositivo permite

caráter absoluto, e a descoberta da verdade relativamente a certos fatos poderá, no confronto dos valores em jogo, sobrepor-se às mesmas. Mas essa tarefa cabe privativamente ao órgão imparcial, porque do contrário se daria margem para a exclusão da apreciação pelo Poder Judiciário de alegação de lesão a direito.

Finalmente e a propósito dessas últimas considerações, embora se reconheça que a instauração do inquérito civil pelo Ministério Público funcione como importante instrumento para colheita de elementos que propiciem um ingresso em juízo mais responsável,²⁸³ e ainda que se reconheça que o poder de investigar é, em certa medida, também um autêntico dever,²⁸⁴ isso não parece suficiente, contudo, para respaldar

que as CPLs obtenham tais informações diretamente, embora o § 2º condicione tal providência à aprovação pelo Plenário da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do plenário das próprias Comissões.

283. Dado que há muito tempo já fora enfatizado por Nelson Nery Júnior (cf. "Aspectos do processo civil no Código de Defesa do Consumidor", *Revista de direito do consumidor* 1/203). De forma análoga, Hugo Nigro Mazzilli observou que, "embora não deva nem possa ser usado com tibieza ou covardia, o inquérito civil deve ser instaurado e presidido com elevado senso de responsabilidade" (cf. *O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas*, 2ª ed., p. 65), inclusive porque "o seu uso abusivo e desvirtuado pode gerar desgaste para a Instituição, além de deixar sem resposta expectativa criada no momento de sua instauração, em regra amplamente noticiada" (cf. João Batista de Almeida, *A proteção jurídica do consumidor*, 3ª ed., p. 263), ensejando até mesmo responsabilidade patrimonial do Ministério Público (Estado) (cf. Pedro da Silva Dinamarco, *Ação civil pública*, p. 240).

284. Dever não apenas funcional, mas que também resulta dos deveres de veracidade e de colaboração (v., supra, Capítulo IV, especialmente nn. 29-31). Como bem salientado em doutrina, os poderes atribuídos ao Ministério Público "não justificam o ajuntamento de lide temerária ou sem base legal" (cf. Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança*, 32ª ed., p. 176) e "aumentam sua responsabilidade em fazer com que o seu exercício se dê dentro de parâmetros de legalidade, em respeito aos direitos dos investigados" (cf. Luis Roberto Proença, *Inquérito civil - Atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça*, p. 94). Fazendo coro, José Emmanuel Burle Filho, "A natureza do inquérito civil, como atribuição constitucional do Ministério Público", *Justitia* 56/34, acompanhado por inúmeras vozes que reconhecem que o inquérito civil se presta a evitar a propositura de lides temerárias: José Rogério Cruz e Tucci, "Código do Consumidor e processo civil - Aspectos polêmicos", *RT* 671/35; Pedro da Silva Dinamarco, *Ação civil pública*, p. 238; Marcelo Abelha Rodrigues, "Ação civil pública", in Fredie Didier Jr. (org.), *Ações constitucionais*, p. 316; João Batista de Almeida, *A proteção jurídica do consumidor*, p. 262; Eduardo Gabriel Saad, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, 3ª ed., p. 605; e Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta - Teoria e prática*, 2ª ed., p. 89.

eventual conclusão de que, nesses casos, a pré-constituição da prova, mediante intervenção estatal, reputar-se-ia obrigatória.

Com efeito, dispondo o Ministério Público, desde logo, de elementos que autorizem o aforamento de demanda, cuja legitimidade lhe seja outorgada pelo ordenamento, a investigação preliminar e a produção antecipada da prova que aí se contém não podem ser qualificadas como obrigatórias, embora, frise-se, devam ser consideradas como importantes elementos, quer para um ingresso em juízo mais seguro, quer mesmo como contribuição para que sejam obtidas soluções de auto-composição, nos limites da disponibilidade dos interesses envolvidos.²⁸⁵

60. conclusão do capítulo (e da Parte I)

No capítulo que se encerra procedeu-se ao exame da antecipação da prova sob o prisma do assim denominado *direito à prova*, entendido inicialmente como desdobramento necessário da ação e da defesa, no contexto do devido processo legal. Partindo-se do que a doutrina normalmente indica como sendo o conteúdo de tal direito, foi possível identificar, dentre outras, a prerrogativa de buscar e de obter a prova; que, conforme se procurou demonstrar, se relaciona ao que se poderia chamar de *direito de investigar* (não limitado necessariamente à atividade estatal).

Identificou-se na prerrogativa de buscar e de obter a prova a semente de um verdadeiro e autônomo direito à prova, concebido de forma não diretamente vinculada ao processo cujo objeto é a declaração do direito, mero desdobramento da ação e da defesa exercitadas nesse contexto. Por outras palavras, vislumbrou-se um direito de invocar a intervenção estatal tão-somente para a produção de certa prova; ou, considerando aquela relativa desvinculação, um direito à pré-constituição da prova. Trata-se de posição jurídica de vantagem que autoriza a produção de prova de

285. No exato sentido do texto: José Marcelo Menezes Vigliar, *Tutela jurisdicional coletiva*, 3ª ed., p. 129, especialmente nota 247, com maior aprofundamento do tema; Ricardo de Barros Leonel, *Manual do processo coletivo*, pp. 317-318; Marcelo Abelha Rodrigues, "Ação civil pública", in Fredie Didier Jr. (org.), *Ações constitucionais*, p. 316; e Geisa de Assis Rodrigues, *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta - Teoria e prática*, 2ª ed., p. 86. Também de acordo, embora dando maior ênfase à obrigatoriedade: Adilson Abreu Dallari, "Obrigatoriedade de realização de inquérito civil", *RTDP* 26/73-76. Aparecentemente sustentando o contrário, ponderando tratar-se de um poder-dever, sem maiores ressalvas: José Emmanuel Burle Filho, "A natureza do inquérito civil, como atribuição constitucional do Ministério Público", *Justitia* 56/34.

forma antecipada mesmo fora das hipóteses de urgência ou daquelas nas quais o acesso a certa pessoa ou coisa é prerrogativa contida no direito material.

A esse autônomo direito propôs-se atribuir a denominação "direito à prova", deixando-se a locução "direito de provar" para designar a prerrogativa de produzir prova como desdobramento da ação e da defesa exercitadas no bojo de um processo cujo objeto é a declaração do direito.

A partir daí, passou-se a um trabalho de confirmação e de justificção da existência do direito à prova, com os contornos já então delineados. Disso resultou que a hipótese de trabalho posta inicialmente foi adequadamente demonstrada: seja entendido como prerrogativa que nasce no direito à investigação ou que se ajusta à moderna perspectiva do direito de ação; seja concebido como decorrência do direito a uma adequada cognição; seja concebido como instrumento a serviço de um princípio geral de prevenção; seja justificado pelos escopos da jurisdição (e, dentre eles, em particular seu escopo social) — por tudo isso, enfim, é correto afirmar a existência de um direito à pré-constituição da prova, entendido como o direito de buscá-la e obtê-la mesmo que sem vinculação direta com o processo declaratório do direito, e, portanto, de produzi-la de forma antecipada ainda que não haja urgência.

Exame dessa ordem, a confirmar a tese aqui sustentada, revelou que o exercício do direito à prova desencadeia atividade estatal que pode ser qualificada como tipicamente jurisdicional; não apenas porque ajustada aos respectivos escopos, como acima referido, mas também porque naquela podem ser identificados elementos como a atividade estatal voltada à atuação do direito objetivo em concreto e o caráter substitutivo. Assim, vista a questão sob o ângulo da atividade estatal e do resultado por ela proporcionado, confirmou-se o direito de invocá-los.

Além disso, a afirmação do direito à prova está ligada à ruptura da tradicional e exclusiva ligação entre prova, de um lado, e julgamento estatal pelo qual se opera a declaração do direito, de outro. O direito à pré-constituição da prova evidencia o papel que esta última desempenha em relação às partes para formação de seu convencimento, servindo como guia para um ingresso mais seguro e responsável em juízo ou, por outro, para a superação da controvérsia mediante soluções de autocomposição.

A afirmação do direito à prova, com tais contornos, harmoniza-se, por outro lado, com as conclusões expostas nos capítulos precedentes, formuladas a partir do exame de outras posições emergentes da relação jurídica processual.

Com efeito, conforme se procurou demonstrar, a perspectiva do chamado ônus objetivo da prova a coloca essencialmente como providência dirigida ao órgão judicial, isto é, voltada a formar o convencimento do magistrado e a servir de fundamento para o julgamento estatal pelo qual se declara o direito no caso concreto. Sob aquela ótica, o papel da prova em relação às partes é secundário e, mais uma vez, não se desliga do ato de julgamento estatal, porque inserida no contexto da apreciação da prova quando da motivação de decisão estatal.

Essa ligação, por seu turno, afigura-se coerente com as idéias segundo as quais a prova se produz, por regra, apenas no bojo do processo declaratório, e somente o risco de perda justifica sua produção anteriormente ao citado momento. Atrelados que estejam ônus da prova e julgamento estatal, é mesmo difícil encontrar fundamento para a produção da prova antes da instauração do processo destinado à declaração do direito (exceto pela urgência), justamente porque se pensa exclusivamente na relação que existe entre tal encargo e o julgamento estatal (inclusive com a eventual definição daquele somente por ocasião deste).

Contudo, rompido que seja o vínculo assim tradicionalmente estabelecido, não apenas é possível reconhecer que as regras sobre distribuição do ônus da prova têm decisiva influência sobre o comportamento das partes (em juízo e antes dele), como, ainda, se pode constatar que a prova tem nas partes seus destinatários quando se pensa na valoração que as mesmas podem e devem fazer, para avaliação de suas chances. Sendo assim, torna-se natural — e, a esta altura já se pode dizer, necessário — admitir que a produção antecipada da prova tenha lugar mesmo fora das situações de risco, na medida em que a pré-constituição dos elementos de instrução serve àquele propósito.

De forma análoga, o reconhecimento de um direito à prova, na forma aqui preconizada, ajusta-se às conclusões obtidas ao ensejo do exame dos poderes de instrução do juiz.

Com efeito, conforme mais uma vez se procurou demonstrar, a amplitude do ativismo judicial em matéria de prova tradicionalmente está também diretamente ligada à vinculação entre prova e julgamento estatal, pelo qual se declara o direito no caso concreto. Contudo, sem propriamente negar que o juiz possa tomar a iniciativa da prova, mas aceitando-se, como exposto, que a prova pode e deve atuar como elemento a nortear a conduta das partes (inclusive em prol do interesse público), é possível conceber o poder de instrução do juiz — ele próprio — como fundamento para a antecipação da prova mesmo fora dos casos de urgência.

Assim, o direito à pré-constituição da prova ou à sua produção antecipada mesmo fora dos casos de urgência encontra fundamento na idéia de que instrução pode e deve ser vista não apenas como conjunto de meios voltados a preparar o julgamento estatal, mas como forma de esclarecimento e de convencimento das partes. Isso, aliás, é rigorosamente coerente com a idéia aqui exposta no sentido de que a antecipação da prova, nesses termos, é instrumento a serviço do escopo social da jurisdição.

Finalmente, o reconhecimento de um direito à prova autônomo da declaração do direito (e do processo instaurado para tanto) afeiçoa-se às conclusões a que se chegou no trato do tema sob a ótica dos deveres das partes.

A propósito, não será demasiado reafirmar a idéia de que, 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 de tais providências, mais se pode exigir daquelas sob o prisma ético. O reconhecimento de um direito à pré-constituição da prova, assim, valoriza o princípio de lealdade e dá verdadeiro sentido ao chamado dever de veracidade.

Além disso, o direito de pré-constituir prova ou, por outras palavras, de produzi-la antecipadamente mesmo que não haja urgência afigura-se instrumento idôneo a permitir que os interessados verdadeiramente cumpram seus deveres de colaboração e cooperação, considerando-se aí, mais uma vez, os escopos da jurisdição.

PARTE II

DIREITO À ANTECIPAÇÃO DA PROVA FORA DAS HIPÓTESES DE URGÊNCIA — PROPOSTA DE TEORIZAÇÃO

*Capítulo VI — DIREITO À PROVA E DIREITO DE AÇÃO. Capítulo
VII — PERSPECTIVADO PROCESSO.*