

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Bruno Bitencourt Pedroso

Direito de Investigação Cível e Fins Probatórios

Porto Alegre

2014

BRUNO BITENCOURT PEDROSO

Direito de Investigação Cível e Fins Probatórios

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Kochenborger Scarparo

Porto Alegre

2014

BRUNO BITENCOURT PEDROSO

Direito de Investigação Cível e Fins Probatórios

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em 17 de dezembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Eduardo Kochenborger Scarparo
Orientador

Professor Doutor Daisson Flach

Professor Doutor Sérgio Luis Wetzel de Mattos

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é bastante significativo, simboliza não apenas o fim da graduação, mas também o encerramento de uma etapa. Esta, marcada por novas amizades, amadurecimento e profundas transformações pessoais. Assim, mostra-se crucial os agradecimentos a todos que fizeram parte dela.

Como não poderia deixar de ser, o primeiro agradecimento é direcionado aos meus pais, Cleber e Loreci. A vocês que tantas vezes incentivaram, e ainda incentivam, os meus planos, meu sincero muito obrigado! Considero a conclusão desta graduação uma conquista não apenas minha, mas nossa.

Agradeço também a meu irmão Gustavo e a mais nova integrante da família, Fernanda, minha cunhada. Obrigado a vocês pelo apoio e pela paciência principalmente nessa etapa final.

Manifesto minha gratidão, do mesmo modo, ao Professor Eduardo Scarparo não só pela solicitude ao longo deste trabalho, como também pelos ensinamentos e amizade firmada ao longo destes últimos anos.

Também sou grato aos colegas que tornaram esses cinco anos mais produtivos, prazerosos e engraçados: Ana Paula Lopes, Diego Marset, Emília Cabreira, Laura Damo, Luciana Ruttscheidt, Maraya Marques, Marcio Furtado, Maria Elisa Marcolin, Paula Leal, Sheila Assman e William Soto. Destaco, aqui, os nomes dos colegas Roberto Hepp, Rodrigo Führ de Oliveira e Rodrigo Ustárróz Cantali, cujas amizades considero um dos melhores presentes da Faculdade.

Por fim, meu reconhecimento a todos os professores que marcaram profunda e positivamente estes meus primeiros passos no estudo do Direito. Ainda que pareça inadequada a menção a apenas alguns, mostrar-se-ia injusta a não consignaçoão dos nomes dos Professores Alejandro Alvarez, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (*in memoriam*) Daniel Mitidiero, Domingos Dresch da Silveira, Humberto Ávila, Jamil Bannura, Klaus Koplin, Raquel Scalcon e Sérgio Mattos.

RESUMO

O trabalho tem por objetivo analisar a existência, viabilidade e limites de um direito de investigar fatos e descobrir ou produzir fontes de prova pelos particulares. Para tanto, parte-se da noção de prova como direito fundamental das partes, e não como mero ônus, permitindo, dentre outras, as prerrogativas de busca e obtenção da prova. Procura-se demonstrar que essas prerrogativas podem ser postuladas isoladamente perante o Poder Judiciário, pois do contrário estaria limitado indevidamente o acesso à justiça. Nessa perspectiva, a investigação de que se vale a parte para apuração de possível direito violado, ou em vias de sê-lo, consiste em direito que garante ao seu titular, quando obstaculizado o exercício, a pretensão de demandar em juízo certas providências de instrução. Diante de tais concepções, analisa-se o sistema processual vigente, mormente as ações probatórias de justificação, exibição de documentos, arrolamento de bens e produção antecipada de provas. A conclusão alcançada é a de insuficiência da redação legislativa para amparar todas as hipóteses em que se faça necessário o acesso a fatos e à prova de forma autônoma. Sugere-se, então, a interpretação do texto legal de forma a compatibilizá-lo com a Constituição. Por fim, verifica-se a suficiência do possível novo texto legal constante do Projeto de Código de Processo Civil em tramitação no Congresso Nacional.

Palavras-chave: Processo civil. Direito fundamental à prova. Prerrogativas. Investigação civil. Ações probatórias.

ABSTRACT

The work has by goal to analyze the existence, viability and limits of a right to investigate facts and to discover or to produce sources of proof by the private individuals. Therefore, it starts from the notion of proof as a fundamental right of the parties, and not only as an onus, allowing, among other, the prerogatives of search and obtainment of proof. It is tried to demonstrate that these prerogatives can be postulated isolatedly before the Judiciary Power, because otherwise would be incorrectly limited the access to the justice. In that perspective, the investigation that is utilized by the party to find out possible violated right, or about to be so, consists in right that guarantee to his holder, when hindered the exercise, the pretension of claim in judgment certain instruction providences. Before such considerations, it is analyzed the procedural system currently in force, especially the evidentiary actions of justification, exhibition of documents, listing of assets and anticipated production of proof. The conclusion achieved is the insufficiency of the legislative drafting to support all hypothesis in which is required access to the facts and to the proof autonomously. It is suggested, then, the interpretation of the legal text in order to make it compatible with the Constitution. Finally, it is verified the sufficiency of the possible new legal text in the Civil Procedural Code Project in progress in the National Congress.

Palavras-chave: Civil procedure. Fundamental right to the proof. Prerogatives. Civil investigation. Evidentiary actions.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 PROVA E PROCESSO.....	10
1.1. PROVA ARGUMENTATIVA E PROVA DEMONSTRATIVA	10
1.2. FUNÇÕES DA PROVA E SEUS DESTINATÁRIOS	18
3 POR UM DIREITO À INVESTIGAÇÃO	23
3.1. CONCEITO E DELIMITAÇÃO DO TERMO INVESTIGAÇÃO	23
3.2. DIREITO DE INVESTIGAÇÃO	25
3.3. NATUREZA.....	32
4 EXERCÍCIO	38
4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	38
4.2. LIMITES	40
4.3. HIPÓTESES PREVISTAS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.....	45
4.3.1. Investigação no curso do processo	46
4.3.2. Ações probatórias	47
4.3.2.1. Justificação	48
4.3.2.2. Exibição de documentos.....	50
4.3.2.3. Arrolamento de bens.....	51
4.3.2.4. Produção antecipada de provas.....	52
4.3.2.5. Ação probatória autônoma.....	53
4.3.3. Conclusão do capítulo	54
4.3 O PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	55
5 CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS	63
BIBLIOGRAFIA	64

1 INTRODUÇÃO

É bastante antigo e conhecido o brocardo *allegatio et non probatio, quasi non allegatio*. De fato, a prova é o instrumento apto a lograr a adesão de outra pessoa a determinadas alegações sobre fatos. No processo, dota-se de imensurável importância, uma vez que é através dela que as partes são capazes de lograr a adesão do Estado, na figura do juiz, às suas alegações e, assim, obter a tutela jurisdicional postulada.

A regra, portanto, é que quem alega determinada posição jurídica deva provar ou ter suas alegações desconsideradas. Isso, aliás, é o que indica o artigo 333 do Código de Processo Civil, que trata do ônus da prova.

Nada obstante, vem sendo sucessivamente reconhecido pela doutrina que a visão de prova apenas como *ônus* é insuficiente no Estado Democrático de Direito. Isso porque neste o elemento justificador da atuação estatal passa a ser também a participação das partes e esta só pode ser considerada efetiva se as partes possuem reais condições de comprovar suas alegações no processo. Nessa linha, diversos autores vêm afirmando a existência de um *direito fundamental à prova*.

Alguns destes, cujas obras servem de sustentáculo a este trabalho, ao afirmar o conceito e o conteúdo desse direito, perceberam que, para se garantir o direito de ação em toda a sua amplitude, dever-se-ia outorgar certa autonomia ao direito à prova a ponto de desprendê-lo da ação na qual teoricamente ela serviria para comprovar determinada alegação. Nessa senda, o direito à prova deveria garantir também a prerrogativa de obtê-la de forma desvinculada da urgência ou de uma necessária vinculação a um processo dito “principal”. Ou seja, abrangeria também um *direito à investigação de fatos e de fontes de prova*.

O objetivo do presente trabalho é verificar a plausibilidade dessa hipótese. Isto é, poder-se-ia falar em um direito à prova que albergasse o direito de investigar determinados fatos e constituir fontes de prova ainda que desvinculado da necessidade de um ulterior processo em que se considerem tais fatos para o julgamento?

Para responder a tal questionamento, alguns problemas e obstáculos terão de ser vencidos. Os primeiros, de ordem jus filosófica, estão vinculados à própria concepção de prova e sua função no processo.

Isso porque, se a prova é elemento voltado exclusivamente à demonstração perante o magistrado da verdade nas alegações do autor ou do réu, pareceria contraditório sustentar a

existência de um direito das partes ao conhecimento de fatos já conhecidos ou obtenção de provas que tão somente teriam valor em um dado processo judicial. Por outro lado, vendo-se a prova sob o prisma argumentativo capaz de conferir maior ou menor força a determinadas alegações, chegar-se-á a conclusão de que ela não é voltada exclusivamente ao processo judicial ou ao juiz, mas também às partes, porquanto passível de utilização em qualquer outro contexto extrajudicial, tal como o administrativo ou o privado, para afirmar certas alegações.

Mas, ainda que se admita essa última hipótese, seria necessário esmiuçar o conteúdo do direito à prova com o desiderato de verificar se o mesmo efetivamente abrangeria a investigação aqui afirmada. Além disso, seria possível afirmar um *direito* de investigar? Se sim, qual a natureza, o alcance e os limites do mesmo? Estaria ele abrangido pela ordem jurídica vigente?

Todos esses questionamentos expõem os objetivos específicos do presente trabalho, que serão tratados em capítulos próprios. Nesses, tentar-se-á, através do método hipotético-dedutivo, testar as soluções propostas pela doutrina tanto em um panorama geral conceitual quanto na práxis em vista do ordenamento vigente.

Assim, a afirmação de um *direito de investigação*, proposta do trabalho, terá que passar necessariamente pela dissecação de seu conteúdo, determinando o conceito de *investigação*, bem como os fundamentos legais e/ou constitucionais que lhe caracterizariam como um *direito*.

Mas de nada valeria reconhecer como direito algo que, uma vez violado, não permitisse ao seu titular uma ação em contrapartida. Nessa senda, faz-se impositiva a análise do ordenamento jurídico vigente a fim de verificar a sua adaptabilidade ao exercício do direito de acesso à prova tanto em investigações incidentais no curso do processo quanto por ações específicas.

Nessa última hipótese, as ações probatórias tomam certamente lugar de destaque, pois embora se saiba que a ação de justificação, a de exibição de documentos, a de arrolamento de bens e a de produção antecipada de provas estão inseridas no capítulo destinado aos procedimentos cautelares específicos, há quem questione a natureza cautelar das mesmas.

Certamente a imposição de requisitos como a urgência ou a vinculação com um processo a ser ajuizado de forma vinculada à ação probatória acabaria impedindo um direito de investigação nos moldes aqui sustentados. Há casos, no entanto, que esses requisitos são dispensados e pode se verificar a utilidade de tais ações de forma a amparar completamente o direito da parte postulante.

Esse é o caso da parte que pretende produzir prova testemunhal de forma antecipada. Nesse caso a justificação pode ser produzida independentemente dos requisitos típicos das cautelares.

Todavia, como se verá, nem todas as hipóteses em que se faça necessário investigar estão amparadas por uma ação correspondente. Assim, no caso de confirmação de todo o exposto até aqui, como objetivo final do trabalho será crucial a afirmação de uma solução para o problema posto, tal como diferentes formas interpretativas ou a reforma da legislação vigente.

2 PROVA E PROCESSO

1.1. PROVA ARGUMENTATIVA E PROVA DEMONSTRATIVA

Não há como se adentrar no tema do direito probatório sem aludir, ainda que brevemente, aos dois grandes modelos de compreensão da prova: o *demonstrativo* e o *argumentativo*.

Sendo o direito processual civil *fenômeno cultural – e não meramente técnico*¹, o direito probatório segue a mesma sorte, refletindo os pensamentos e as compreensões da sociedade em um determinado tempo e espaço. Nessa senda, no que interessa ao tema do presente trabalho, constata-se que os dois modelos supramencionados apontam para diferentes compreensões da própria concepção de processo, visto em determinado momento de forma *isonômica*, com o predomínio da *retórica*, e, em outro, de forma *assimétrica*, prevalecendo a lógica formal².

Como bem expõe Mitidiero, no processo isonômico, cujos exemplos históricos seriam as experiências políticas grega e ítalo-medieval³, há certa paridade entre indivíduo, sociedade e Estado, razão pela qual os conflitos seriam resolvidos por meio da *racionalidade prática*, reforçando-se o papel da *dialética*⁴. No processo assimétrico, do qual seriam exemplos o processo civil romano da *cognitio extra ordinem* e o *processus* prussiano do século XVIII⁵, há radical cisão entre Estado e indivíduo, sendo papel daquele a aplicação do direito posto, utilizando-se da *racionalidade teórica*. O autor ainda acrescenta que, apesar de a *verdade* ser buscada em ambos os modelos, no primeiro ela é entendida como *tarefa exclusivamente das partes*, ao passo que no segundo ela acaba sendo idealmente uma tarefa a ser deslindada principalmente pelo Estado na condução ativa do processo⁶.

¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel.; **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil**. V. 1. São Paulo: Atlas, 2010. p. 12. SCARPARO, Eduardo. **Contribuição ao estudo das relações entre Processo Civil e Cultura**. *Ajuris*, v. 107, p. 111-122, Porto Alegre, 2007. MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 25-31.

² COSTA, Eduardo Cunha da. Prova Argumentativa ou Prova Demonstrativa: Uma Questão de Ordem. **Revista da Procuradoria-geral de Justiça/RS**, Porto Alegre, v. 31, n. 65, p.86-100, jan./jun. 2007. p. 90.

³ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 72.

⁴ *Ibidem*. p. 113 e 114.

⁵ *Ibidem*. p. 74.

⁶ *Ibidem*. p. 113 e 114.

As diferenças estruturais entre tais modelos de processo estão intimamente conectadas às visões jusfilosóficas predominantes, bem como aos modelos lógicos demonstrativo e argumentativo. A partir dessa constatação, pode-se também distinguir os conceitos *clássico* e *moderno* de prova. Enquanto no primeiro a prova é vista como *argumento persuasivo destinado a convencer o julgador*, no segundo ela é entendida como *instrumento demonstrativo, cuja finalidade é o conhecimento científico da verdade dos fatos relevantes para a decisão*⁷.

A base do modelo clássico de prova reside no reconhecimento da falibilidade humana, diante da concepção filosófica pela qual o fato, ou objeto, não pode ser conhecido em sua totalidade, sendo apenas adquirido por meio de probabilidade⁸. Assim, não podendo o juiz alcançar a verdade absoluta na reconstrução do fato, utiliza-se de *meios de evitar o equívoco*, sendo um deles o *contraditório*, que fornece ao julgador “um conhecimento que nenhuma mente individual poderia alcançar sozinha”⁹.

Nesse prisma, o *ordo iudicarius*, seguindo a *escolástica*, era orientado pela aplicação dos métodos da lógica aristotélica e da retórica. A razão era *prática*, buscando a resolução de um *problema concreto* pela via do *consenso*, utilizando-se das *opiniões* dos participantes do processo através da *dialética*.¹⁰

Assim, no *formalismo isonômico* do *ordo iudicarius*, o *contraditório* se estabelecia entre as partes, cabendo à autoridade judiciária a aferição de uma *verdade provável* – a qual “intermedeia o certamente verdadeiro (raciocínio apodítico) e o certamente falso (raciocínio sofisticado)”¹¹. O juiz no processo isonômico é passivo, não intervindo em questões tidas como *das partes*, tal como a prova dos fatos (*iudex non potest in facto supplere*). Toma-se, assim, por verdade a versão dos fatos mais provável ao magistrado, utilizando-se este de *elementos de confirmação*¹².

A fim de ilustrar referido modo de pensar o fenômeno processual no *iudicium*, possível a alusão a Sigismondo Scaccia, que busca em Aristóteles a distinção entre a ciência demonstrativa e verdadeira (“*apodittica*”) e a argumentação discursiva e provável (“*dialectica*”). A primeira partiria de premissas verdadeiras e alcançaria, por meio do

⁷ COSTA, Eduardo Cunha da. Prova Argumentativa ou Prova Demonstrativa: Uma Questão de Ordem. **Revista da Procuradoria-geral de Justiça/RS**, Porto Alegre, v. 31, n. 65, p.86-100, jan./jun. 2007. p. 88 e 89.

⁸ *Ibidem*. p. 90.

⁹ *Ibidem*. p. 90.

¹⁰ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 88-90.

¹¹ *Ibidem*. p. 91.

¹² COSTA, Eduardo Cunha da. *Op. cit.* p. 92.

silogismo, uma conclusão também verdadeira, sendo o único silogismo válido para a ciência. A segunda, por sua vez, estudada nos *Tópicos* de Aristóteles, utilizaria outro tipo de pensamento, sendo este constituído de *procedimentos lógicos que têm opiniões como ponto de partida e opiniões como ponto de chegada*. Para o jurista italiano, o Direito estaria na tópica, uma vez que “*iurisprudentia non est scientia*”, porquanto “*scientia non est eorum quae permanentia non sunt*”.¹³

Referida visão sofrerá grande ruptura a partir do século XVII. O conceito *moderno* de prova surge a partir da noção iluminista de razão, que rompe com a perspectiva filosófica medieval antes mencionada¹⁴. Isso implica uma mutação: “da lógica do provável, argumentativa e dialética, passa-se à lógica do real, demonstrativa e apodíctica”¹⁵.

A tentativa de racionalização da ordem social inicia o “desenvolvimento de um pensamento jurídico capaz de certa neutralidade, como exigem as questões técnicas, conduzindo a uma racionalização e formalização do direito [...] que vai ligar o pensamento jurídico ao chamado pensamento sistemático”¹⁶. Pode-se notar, assim, a tentativa de racionalização e esquematização em todo o Direito, sendo disso exemplo as posteriores obras de Puffendorf, Thomasius, Leibniz e Wolf¹⁷.

Antes de tais tentativas esquemáticas, todavia, é possível verificar o início da concepção moderna de processo já em Giovanni Althusio que, embora contemporâneo de Scaccia, parte da lógica formal de Pierre de la Ramée – que rompe com a lógica aristotélica. Tal método lógico consistia basicamente no estabelecimento de uma ordem de passagem gradual de princípios universais aos particulares.¹⁸

Na esteira de todo o pensamento jurídico, o direito probatório também sofre uma ruptura, haja vista que, como bem explicita Danilo Knijnik¹⁹:

¹³ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 43-46.

¹⁴ CAMBI, Eduardo. Verdade Processual Objetivável e Limites da Razão Jurídica Iluminista. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 96, out/1999. p. 234 e ss.

¹⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. O Problema da Verdade No Processo Civil: Modelos de Prova e de Procedimento Probatório. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil: Atividade Probatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 171-212. p. 176.

¹⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 66.

¹⁷ KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**. V. 353, p. 15-52, Jan-Fev/2001. p. 24.

¹⁸ PICARDI, Nicola. *Op. cit.*. p. 47.

¹⁹ KNIJNIK, Danilo. *Op. cit.*. p. 24.

[...] a aceitação do modelo subsuntivista determinaria que *a pesquisa de fato*, até então concebida dentro de uma premissa dialética e pluralista, *pudesse ser concebida na sua totalidade absoluta, a sua verdade total e objetiva*, na sua *independência e autonomia quanto ao mundo do direito*, desprezando-se com isso, a *relatividade que lhe era imanente, a possibilidade do erro e do equívoco*.

Afasta-se a verdade provável medieval obtida através da *ars opponendi et respondendi*, substituindo-a pela *ars ratiocinandi*²⁰, passando-se a concepção do fato a ser um dado objetivo, externo ao trabalho de interpretação. Há, assim, a transição de uma concepção lógico-escolástica da prova para a concepção lógico-gnosiológica²¹. Ainda, pode-se falar na mudança da perspectiva do problema jurídico a partir da compreensão *sujeito-sujeito*, para passar a ser “um objeto que o operador do direito tem de conhecer, compreendido numa relação sujeito-objeto”²².

Isso chega ao limite com a tentativa máxima de racionalização no positivismo, em que há a completa separação entre a *quaestio facti* e a *juris*, tornando o fato um objeto “*in se*” que não diria respeito à ciência jurídica, mas apenas àquelas naturalísticas²³. Nessa visão do Direito, ao igualar o Direito à lei, equipara-se a tarefa do operador jurídico à mera *aplicação mecânica das normas jurídicas*²⁴.

A justificação dessa cisão residiria, de um lado, na rígida divisão dos poderes incitada por Montesquieu, cabendo ao Poder Legislativo o estabelecimento de diretrizes políticas gerais, através das leis, e ao Judiciário apenas a particularização disso, aplicando o direito aos fatos subsumidos à lei²⁵. Não caberia, em contrapartida, ao Poder Judiciário elaborar o Direito, mas apenas ser *la bouche de la loi*²⁶, porquanto os valores da sociedade deveriam ser estabelecidos pelo povo, através de seus representantes no parlamento.

²⁰ MITIDIERO, Daniel. A lógica da prova no ordo judiciarius medieval e no processus assimétrico moderno: uma aproximação. In: Danilo Knijnik (coord.); CARPES, Arthur Thompsen et al. **Prova Judiciária: Estudos sobre o novo Direito Probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Cap. 4. p. 69-92. p. 84.

²¹ KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**. V. 353, p. 15-52, Jan-Fev/2001. p. 24 e 25.

²² MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.* p. 79 e 80.

²³ KNIJNIK, Danilo. *Op. cit.* p. 26.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 32.

²⁵ PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica: Nova Retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 32.

²⁶ Nesse sentido explicita Perelman como se dava o raciocínio exegético: “[...] Uma vez estabelecidos os fatos, bastava formular o silogismo judiciário, cuja maior devia ser fornecida pela regra de direito apropriada, a menor pela constatação de que as condições previstas na regra haviam sido preenchidas, sendo a decisão dada pela conclusão do silogismo[...]”. PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.* p. 33.

Seguindo-se nessa linha de raciocínio, não demorou a que fosse vedado ao magistrado emitir juízos de valor sobre o caso concreto, a fim de evitar, para a visão prevalecente à época, uma falácia na qual a conclusão não decorreria das premissas. Isso porque, a partir do pensamento silogístico que acabou se derivando dos sistemas codicistas, não se admitia *que um juízo de valor ou uma norma pudessem derivar de um juízo de fato*, sendo a conclusão de um juízo de valor a partir da análise dos fatos irracional, por desprovida de lógica²⁷.

Assim, em um apanhado geral, retira-se da lógica jurídica o *uso prático da razão*, reduzindo-a a problemas de conhecimento puramente teóricos²⁸. A verdade sobre os fatos, porque apurável, deveria ser apontada para que o Direito simplesmente a enquadrasse na moldura já pré-determinada.

As implicações desse método de ver o fenômeno jurídico são patentes, principalmente quanto à perspectiva das partes no processo. Ao se entender que o processo seria capaz de alcançar uma verdade demonstrável por meio da prova, utilizando-se de silogismos ditos “perfeitos”, reduz-se a importância do contraditório, deixando este de ser necessário e intrínseco ao mecanismo de investigação da verdade provável até então concebida e rebaixando-o a tão somente “princípio externo e puramente lógico-formal”²⁹.

Com o final da Segunda Guerra Mundial essa visão avaliativa do fenômeno jurídico é posta em xeque. Os abusos nazistas justificados e amparados pelo Judiciário retomam o debate sobre o papel dos aspectos políticos das decisões judiciais.

Tal situação implica, de acordo com Wieacker, um “recoo perante o formalismo jurídico” que se manifesta na “progressiva libertação do juiz no que respeita à vinculação em relação a hipóteses de fato definidas de forma precisa na lei”. Com isso, ao mesmo tempo em que se outorga ao magistrado novas atribuições, constata-se a necessidade de o mesmo

²⁷ PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica: Nova Retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 135.

²⁸ PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.* p. 136.

²⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 230. Em igual sentido Hermes Zaneti Júnior, para o qual “esta técnica de raciocínio impede a valoração dos fatos em contraditório, impedindo, igualmente, a utilização destes como argumentos para a solução das questões postas em causa, prendendo o raciocínio judicial em uma escrita cadeia de silogismos que, não conectados com o problema, apenas seguem até a decisão final, cegos ao distanciamento que isto pode implicar e ao consequente abandono do *tema probandum*. Os fatos falam por si e ditam as consequências jurídicas, donde o juiz desconsiderar o discutido pelas partes, cingindo-se a prolatar a sentença de acordo com os fatos dos autos (*iura novit cúria, da mihi factum, dabo tibi ius*)”. O Problema da Verdade No Processo Civil: Modelos de Prova e de Procedimento Probatório. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil: Atividade Probatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 171-212. p. 176.

verificar a justiça no caso concreto, utilizando-se de medidas que demandem um juízo axiológico.³⁰

Interligam-se novamente Poder Judiciário e Poder Legislativo, não de forma oposta ou subordinada, mas complementar. A tarefa dos operadores do Direito não se traduz mais em mera aplicação técnico-jurídica de consequências jurídicas a suportes fáticos previstos pelo legislador, mas também política ao “harmonizar a ordem jurídica de origem legislativa com as ideias dominantes sobre o que é justo e equitativo em dado meio”³¹. Essa tem sido a conclusão alcançada por diversos autores de renome, tal como Picardi que, ao afirmar que estaríamos vivendo um momento de *decodificação*, aduz que “constitui convicção difundida que a tarefa de adequar o direito à realidade histórico-social pertença também ao juiz”³².

Assim, cai por terra a visão positivista no sentido de que o magistrado é capaz de alcançar sozinho um resultado justo e equitativo tão somente porque conforme a lei. Como bem adverte MacCormick, “na medida em que o Direito é aquilo que se esconde por trás dos pleitos jurídicos ou das acusações e das defesas, ele é algo sujeito à argumentação, às vezes, mas não sempre, conclusiva, mas sempre ao menos persuasiva”³³. Perelman, na mesma linha, reforça o papel dos argumentos, porquanto diante da nova concepção de Direito³⁴:

A dogmática jurídica não pode eximir-se de tomar posição nas controvérsias em que juízos de valor opostos venham a chocar-se num caso particular. Seu papel é fornecer argumentos que permitirão aos advogados militantes e principalmente aos juízes, eleger uma posição e fundamentá-la no direito.

Concomitantemente, ao se admitir a reinserção da argumentação e da retórica no processo, afasta-se do ideal racionalista que impunha ao magistrado a tarefa de alcançar a verdade substancial e consigná-la na sentença³⁵. Passa-se, portanto, à construção de uma verdade possível de apuração no processo, ou uma *verdade objetivável*³⁶.

³⁰ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução de A.M. Botelho Hespanha. 2. Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 626.

³¹ PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica: Nova Retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 116.

³² PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 2.

³³ MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 21.

³⁴ PERELMAN, Chaïm. *Op. cit.* p. 111.

³⁵ O ponto, que se refere à função da prova no processo, será melhor explorado no tópico posterior, mas a título exemplificativo: “*Deve-se, portanto, excluir do campo de alcance da atividade jurisdicional a possibilidade da verdade substancial. Jamais o juiz poderá chegar a este ideal, ao menos tendo a certeza de que o atingiu*”. ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, año 5, v. 7, p. 71-109, 2005. Disponível em:

Nessa perspectiva mais cética, há quem sustente que tanto a norma quanto o fato sejam inteiramente construídos ao longo do processo que culminará na decisão ³⁷. Independentemente de tal visão, é indubitável que ao se admitir a retórica como instrumento utilizado pelo juízo para dar razão a uma ou outra alegação fática, conclui-se que a versão escolhida para a decisão está diretamente ligada à ideia de *adesão* ³⁸.

A verdade processual, assim, deve ser vista em relação teleológica, e não ontológica, estando vinculada às ideias de probabilidade e verossimilhança ³⁹. Ainda, se essa verdade é provável para o magistrado, também o é para as partes, não podendo se afirmar que ambas tenham o pleno e total conhecimento dos fatos que são alegados no processo. Na verdade, o processo deve ser visto como um procedimento dinâmico em contraditório ⁴⁰, no qual a verdade é buscada não de maneira linear e consequente, mas pela síntese de todos os argumentos trazidos ⁴¹.

Não se deve buscar, no entanto, a completa exclusão da lógica ou de métodos científicos no direito probatório. Em verdade, como bem adverte a doutrina, torna-se inviável um modelo probatório puramente argumentativo ou apenas demonstrativo ⁴². Como bem lecionam Alvaro de Oliveira e Mitidiero ⁴³:

[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart\(2\)%20-20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart(2)%20-20formatado.pdf)>. Acesso em: 02.09.2014, p. 14.

³⁶ CAMBI, Eduardo. Verdade Processual Objetivável e Limites da Razão Jurídica Iluminista. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 96, out/1999. p. 234.

³⁷ A problemática é posta por Pastore, que informa que “*regole e fatti non sono dati, ma vengono costruiti nel corso del processo di decisione*”, gerando um esquema lógico de decisão judicial discricionário e incontrolável. PASTORE, Baldissare. **Giudizio, Prova, Ragione Pratica**. Milano: Giuffrè Editore, 1996. p. 108.

³⁸ Nesse sentido, Perelman afirma que o objeto dessa “nova retórica” seria “o estudo das técnicas discursivas que visam a provocar ou a aumentar a adesão das mentes às teses apresentadas a seu assentimento”. PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica: Nova Retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 141-143.

³⁹ FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 50.

⁴⁰ FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di Diritto Processuale**. Padova: CEDAM, 1975. p. 28 e 29.

⁴¹ Ao distinguir a progressão da demonstração e da argumentação, Reboul afirma que enquanto o primeiro é uma cadeia de razões com premissas verdadeiras, o segundo mais pareceria um fuso, convergindo a uma conclusão. REBOUL, Olivier. **Introdução à Retórica**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 96 e 97.

⁴² Nesse sentido Hermes Zaneti Júnior, que afirma ser o conflito entre lógica e retórica “*apenas aparente*” e, cita Alessandro Giuliani: “*lógica e retórica não estão em oposição, mas são complementares na construção daquele conceito central da lógica [ordem]; sem ordem é impossível não somente a demonstração, mas nem mesmo a argumentação: a retórica de fato pode ser interpretada como lógica das relações em senso fraco*”. ZANETI JÚNIOR, Hermes. O Problema da Verdade No Processo Civil: Modelos de Prova e de Procedimento Probatório. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil: Atividade Probatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 171-212. p. 187 e 188.

⁴³ MITIDIERO, Daniel; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Curso de Processo Civil: Volume 2: Processo de Conhecimento**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 54.

“Na realidade, não é concebível um modelo puro. Em primeiro lugar, porque há uma relação de ‘complementaridade’ entre lógica dedutiva e indutiva, entre razão prática e razão teórica, entre prova argumentativa e prova demonstrativa – todos esses fenômenos constituem frutos da razão humana. O núcleo essencial da prova concentra-se no esquema clássico da lógica indutiva, em que do fato conhecido se extrai o fato desconhecido, mesmo quando se aceita, com a moderna lógica, que o procedimento probatório visa a estabelecer o grau de confirmação e, assim, o convencimento racional do juiz em relação às proposições factuais, entre as quais se estabelecem relações formais”.

Com efeito, pensamentos retórico e sistemático devem se complementar. A prova deve ser vista tanto em sua forma argumentativa quanto demonstrativa. Na primeira visão cabe a ela servir “como razão a justificar a conclusão no sentido da correspondência entre a hipótese descrita em uma norma jurídica, a realidade dos fatos e a alegação trazida pela parte a esse respeito”⁴⁴. Na segunda, estabelecer limites para a atividade argumentativo-probatória das partes e para a decisão judicial, dispensando a prova de fatos notórios ou incontroversos e controlando as presunções judiciais ou regras de experiência⁴⁵.

Ainda que se adote uma concepção mais voltada à prova como elemento demonstrativo, imperiosa a quebra do dogma de que o juiz, por procedimento indutivo ou dedutivo, sempre deveria reconstruir completamente o fato ocorrido no passado⁴⁶. Nessa perspectiva, a participação das partes no processo toma nova dimensão, servindo como instrumento à garantia da cientificidade da decisão, que deve alcançar um *juízo crítico comum*, testável e verificável por *modelos* e *standards* probatórios⁴⁷.

Com efeito, o processo contemporâneo é marcadamente incompatível com a visão cientificista que, ao romper drasticamente a relação entre fato e direito, impõe apenas ao Estado-juiz o conhecimento deste e a busca individual e deducional daquele. Assim, deve-se abandonar a visão puramente lógico-formal do fenômeno processual de modo a reinserir as partes na conformação do processo⁴⁸. É a partir de tais considerações que se pode falar em um processo colaborativo⁴⁹.

⁴⁴ REICHELDT, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 117-119.

⁴⁵ *Ibidem*. p. 87 e 88.

⁴⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. O Problema da Verdade No Processo Civil: Modelos de Prova e de Procedimento Probatório. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil: Atividade Probatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 171-212. p. 196-202.

⁴⁷ KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**. V. 353, p. 15-52, Jan-Fev/2001. p. 28 e 29.

⁴⁸ Nesse sentido, orienta MITIDIERO que “É claro, todavia, que a relativização do brocardo ‘Iura novit curia’ só tem sentido se passarmos a compreender o direito não mais como algo totalmente pré-dado pela legislação, consoante já se pretendeu, por exemplo, com o positivismo legal racionalista. Vale dizer: só tem sentido se pressupormos a separação entre texto e norma e assumirmos o Direito como um problema para cuja solução

A relação teleológica entre prova e verdade serve, sem dúvidas, como elemento justificador da atuação estatal ⁵⁰, mas deve ser acompanhado do contraditório. Ademais, o contraditório aqui não deve servir tão somente à descoberta e demonstração de uma verdade, mas também servir à compreensão das diferentes acepções que podem ser dadas a determinado conteúdo probatório.

O que parece importante estabelecer é que independentemente da concepção filosófica acerca da verdade e da visão da prova como elemento persuasivo ou demonstrativo, não se pode ignorar a importância das partes na atividade probatória. Mais, é inegável que, ainda que a prova tenha por fim a verdade, esta deve ser vista mais como elemento de justificação da atividade estatal no processo, assim como também o é o contraditório e a participação das partes na tentativa de reconstrução mental dos fatos.

1.2. FUNÇÕES DA PROVA E SEUS DESTINATÁRIOS

Ao se observar a doutrina brasileira, verifica-se certa homogeneidade em estabelecer como objetivo último da prova o convencimento do órgão julgador. Não obstante, existem autores que questionam essa repetida premissa, reconhecendo também haver importância no papel das partes quando da instrução e da valoração da prova.

Para Pontes de Miranda, em seu sentido processual, “a prova tem por fito levar a convicção ao juiz” ⁵¹. Scarpinella Bueno, em semelhante sentido, aponta que “não são as partes ou eventuais terceiros intervenientes os destinatários da prova”, segundo o autor “é

pode pesar o aporte argumentativo que as partes levam ao processo (no fundo, passa-se de um processo caracterizado por um solilóquio judicial para um processo entendido antes de tudo como um colóquio de todos que nele tomam parte – ou, como prefere parte da doutrina, como um processo policêntrico e participativo). É essa contestação decorre do abandono de uma lógica apodíctica, reconhecendo-se o direito cada vez mais como *juris 'prudentia'* e não somente como *'scientia juris'*, consoante postula a doutrina”. MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 103.

⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. *Op. cit.*. p. 115.

⁵⁰ Nesse sentido, MacCormick, que após confirmar a tese de “institucionalização da verdade”, *ist est*, de certificação de “fatos brutos” em verdades certificadas por uma autoridade, afirma que: “De fato, uma forma de justificar ou criticar os processos judiciais (para qualquer fim que alguém julgue apropriado utilizar essa informação) consiste em tentar estabelecer o grau em que aquilo que é estabelecido juridicamente como verdadeiro coincide efetivamente com o mundo tal como ele realmente se apresenta”. MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 95 e 96.

⁵¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Comentários ao Código de Processo Civil: Tomo IV: arts. 282 a 443**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 257.

para quem julga a causa que ela deve ser produzida”⁵². Para Greco Filho, ainda que o vocábulo prova possa ser utilizado para conceituar “todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém”, quando no processo tal expressão representaria “o meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato”⁵³.

Nessa perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça entende que seria possível ao magistrado – que é o destinatário da prova - controlar a produção probatória a partir de sua própria conclusão acerca do *thema probandum*⁵⁴. Assim, para a Corte Superior, poderia o juízo julgar inclusive antecipadamente o feito quando já estivesse convencido acerca de determinada posição. Sustenta-se, nessa visão, que, por ser o juiz o destinatário da prova, e cabendo a ele a função de “descobrimto da verdade”, não ficaria adstrito ou vinculado a pedido de produção probatória eventualmente formulado pelas partes quando já convencido da certeza de determinada alegação, desde que formule “*adequadamente*” a sua convicção, fundamentando-a⁵⁵.

Discorda-se da conclusão de nossa Corte Superior, que confunde os juízos de admissão, valoração e convencimento acerca da prova. Relevante parcela da doutrina tem sustentado que a valoração e o convencimento seriam etapas posteriores à admissão, que deveria se pautar por relação objetiva entre a prova postulada e o *thema probandum*, evitando-se a subjetivação pelo magistrado da admissão da prova⁵⁶.

⁵² BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum: Ordinário e Sumário**. Volume 2: Tomo I. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 263.

⁵³ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**: V. 2. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 195 e 196.

⁵⁴ Confirmam isso as seguintes afirmações retiradas de ementas recentes do Superior Tribunal de Justiça: “O destinatário final das provas produzidas é o juiz, a quem cabe avaliar quanto à sua suficiência e necessidade, em consonância com o disposto no parte final do artigo 130 do CPC” e “não constitui cerceamento de defesa a decisão que indeferiu a produção de provas, por entender que o feito foi corretamente instruído e seja suficiente para o convencimento do juiz” (BRASIL. Superior Tribuna de Justiça. Terceira Turma. AgRg no AREsp 527.731/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, julgado em 19/08/2014, DJe 04/09/2014); “De acordo com a jurisprudência desta Corte, cumpre ao magistrado, destinatário da prova, valorar sua necessidade, conforme o princípio do livre convencimento motivado. Portanto, não há violação ao art. 333, II, do CPC quando o juiz, em decisão adequadamente fundamentada, defere ou indefere a produção de provas” (BRASIL. Superior Tribuna de Justiça. Primeira Turma. AgRg no AREsp 485.540/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, julgado em 12/08/2014, DJe 15/08/2014); “É possível o julgamento antecipado da lide quando o tribunal de origem entender substancialmente instruído o feito, declarando a existência de provas suficientes para seu convencimento. Os princípios da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz (art. 130 do CPC) permitem ao julgador determinar as provas que entender necessárias à instrução do processo, bem como indeferir aquelas que considerar inúteis ou protelatórias” (BRASIL. Superior Tribuna de Justiça. Terceira Turma. AgRg no REsp 1368476/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 10/06/2014, DJe 17/06/2014).

⁵⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum: Ordinário e Sumário**. Volume 2: Tomo I. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, p. 263-266.

⁵⁶ MITIDIERO, Daniel; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Curso de Processo Civil: Volume 2: Processo de Conhecimento**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 76. Ainda, conforme Sérgio Mattos, “o princípio do livre convencimento, a rigor, não deve ser invocado pelo órgão judicial para efetuar o juízo de admissibilidade, vale

O principal mote da conclusão alcançada pelo Superior Tribunal de Justiça, ao que parece, reside na concepção de prova como elemento puramente demonstrativo, ainda ligado às amarras do pensamento racionalista. Ao se entender que a prova pode, por si só, “demonstrar” ao julgador a “verdade” sobre certos fatos, torna-se imperioso crer que, alcançado esse objetivo, será inútil ou meramente protelatória a produção de mais provas.

Ou seja, visualizando-se a prova como meio para o alcance da verdade sobre certos fatos ocorridos, nega-se a sua caracterização como elemento persuasivo destinado à adesão através da participação de todos os integrantes do processo, tal como afirmado no tópico anterior. A consequência disso, como igualmente já afirmada, é a visão errônea de que o magistrado individualmente é capaz de alcançar a verdade e o justo na aplicação do Direito.

Contudo, como bem afirma Arenhart, “o juiz não é – mais do que qualquer outro – capaz de reconstruir fatos ocorridos no passado”, razão pela qual o máximo que poderia lhe ser exigido é que a valoração final sobre o fato “não divirja da opinião comum média que se faria das mesmas provas”⁵⁷. Ainda, que “as provas não têm a aptidão para conduzir seguramente à verdade sobre o fato ocorrido” e “apenas mostram elementos de como, provavelmente, o fato ocorreu”⁵⁸.

O mesmo autor afirma que, ao se desmitificar a ideia de verdade alcançável no processo, deve-se buscar algum referencial para justificar a atividade do magistrado⁵⁹. Nesse ponto entraria a teoria comunicativa de Jürgen Habermas, pela qual se busca o consenso através da linguagem, utilizando-se de pretensões de validade⁶⁰. A verdade, nessa visão, seria algo necessariamente provisório e ligado não ao resultado, mas ao procedimento, pois permaneceria tão somente enquanto houvesse consenso⁶¹. Assim, seria necessário reforçar o papel da argumentação em colaboração, tornando o contraditório elemento de legitimação da *construção* da verdade⁶².

dizer, não deve ser utilizado como carta branca para a livre inadmissão de provas, sob color de que ‘o destinatário final da prova é o juiz’”. MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 217 e 218.

⁵⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, ano 5, v. 7, p. 71-109, 2005. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart\(2\)%20-20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart(2)%20-20formatado.pdf)>. Acesso em: 02.09.2014. p. 9.

⁵⁸ *Ibidem*. p. 10.

⁵⁹ *Ibidem*. p. 14 e 15.

⁶⁰ *Ibidem*. p. 17.

⁶¹ *Ibidem*. p. 18.

⁶² *Ibidem*. p. 20.

Depois de tais considerações, arremata que o juiz, é, sim, o destinatário final da prova, visto que ele é quem deve estar convencido da validade das proposições formuladas de modo a decidir com maior legitimidade o conflito ⁶³. Contudo, ressalta que a função da prova serve “como peça de argumentação, no diálogo judicial, elemento de convencimento do Estado-Jurisdição sobre qual das partes deverá ser beneficiada com a proteção jurídica do órgão estatal” ⁶⁴.

Com efeito, a produção probatória no processo tem por alvo final o convencimento do juiz. É indiscutível que quando a parte requer determinado meio de prova no processo o objetivo último é conferir maior peso aos seus argumentos de modo a convencer o julgador que ela merece a prestação jurisdicional postulada.

Nada obstante, isso não implica dizer que a prova *somente* serve ao convencimento do magistrado. Ao se visualizar a prova como elemento argumentativo destinado à construção de uma verdade válida para todos os personagens principais do processo, e não mais somente para o juiz, é possível a identificação também de outros “destinatários da prova”. Em outras palavras, ao se afirmar que a atuação estatal se justifica pela participação das partes no processo, sendo a prova elemento argumentativo fundamental para isso, notório que a própria concepção que as partes fazem com relação aos fatos da causa ganha enorme relevo.

Em certa medida, também as partes se convencem a partir da prova. Nessa senda, quando um dos litigantes requer determinado meio de prova, busca-se, muitas vezes, não apenas convencer o juiz acerca de suas alegações, mas também convencer a outra parte de seu futuro insucesso na demanda, influenciando a aceitação ou a proposição de eventual acordo.

Igualmente, é notório que, antes do ajuizamento de sua inicial, a parte autora elabora um prognóstico de suas chances de êxito com base nas fontes de prova de que tem conhecimento, bem como da prova já pré-constituída. Ainda, mais patente ainda que essa mesma previsão de sucesso vá se modificando com o desenrolar processual, mitigando-se com a produção de prova robusta pela parte contrária ou se incrementando, quiçá, com uma pericia favorável.

Nessa perspectiva, não apenas o prognóstico quanto ao desfecho da ação varia conforme a produção probatória, como também, em certas hipóteses, o grau de certeza acerca

⁶³ ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. **Revista Iberoamerica de Derecho Procesal**, año 5, v. 7, p. 71-109, 2005. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart\(2\)%20-20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart(2)%20-20formatado.pdf)>. Acesso em: 02.09.2014.. p. 27.

⁶⁴ *Ibidem*. p. 24.

dos próprios fatos debatidos na ação. Ainda, em certos casos é possível que uma das partes tome conhecimento de determinado fato por meio da prova.

Yarshell afirma nessa linha que embora o processo busque a produção de uma “certeza jurídica”, esta se traduz “não mais que em probabilidades” e “avaliação de riscos”. Isso serve para o juiz, que decide os fatos pelo que entende mais provável, mas também para as partes, que “antes da decisão, nutrem não mais que expectativas em relação ao desfecho de um dado processo”. A prova, na visão do autor, teria relevante papel na passagem da incerteza para a certeza, na medida em que ela “é fator determinante para a formação da convicção das partes acerca de suas expectativas quanto ao resultado do processo”.⁶⁵

Além disso, para o processualista seria incorreta a afirmação de que “quem provoca a instauração do processo de conhecimento declaratório já conheça os fatos e que, naquele momento, precise apenas prová-los”. Segundo ele, a investigação de certos fatos pode se dar tanto pelo juiz quanto pelas partes em dado processo. Exemplifica com a ação de investigação de paternidade, pela qual se afirma uma suposta paternidade mesmo que com base em meros indícios, ou com uma ação de indenização na qual apesar de o morador afirmar que um vazamento em sua casa decorre do prédio vizinho, tal fato será objeto de investigação no bojo do processo.⁶⁶

Em suma, na ordem jurídica vigente não há espaço para a atividade individual do juiz na reconstrução de fatos. O processo atual deve se pautar pela colaboração no sentido de reinserção das partes inclusive quanto à reconstrução dos fatos. Nessa senda, constata-se que a atividade probatória, como um todo, consagra eminente carga argumentativa que, em diferentes níveis, altera os estados de convicção tanto do magistrado quanto das próprias partes quanto à probabilidade de determinado evento.

Após o rompimento do paradigma de que a verdade seria alcançável pelo juiz que, individualmente, reconstrói fatos, permuta-se a ideia de “certeza” buscada pelo processo para a ideia de “consenso” e de “legitimidade” dos provimentos judiciais. Aqui, toma fundamental relevo a própria concepção das partes acerca dos fatos, sendo elas também “destinatárias”, ainda que de forma indireta, da prova produzida⁶⁷.

⁶⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da Prova Sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 245-251.

⁶⁶ *Ibidem*. p. 212-222.

⁶⁷ Com base nas mesmas premissas, no entanto, há quem sustente que as partes seriam “*destinatárias diretas*” da prova, pondo-as em equivalência com o juiz. DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: Volume 2. 9. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 73 e 74.

3 POR UM DIREITO À INVESTIGAÇÃO

Estabeleceram-se, na primeira parte do trabalho, premissas gerais quanto ao conceito de prova tendo por base os modelos argumentativo e demonstrativo, a função dela no processo e o seu(s) destinatário(s). Conforme se afirmou, a prova não pode ser vista apenas como instrumento destinado ao magistrado para apuração da “verdade” acerca dos fatos que compõem a lide. Deve, também, ser encarada como elemento com carga argumentativa variável capaz de indicar a probabilidade de determinado evento, servindo à formação do convencimento não apenas do juiz, mas também das partes. A consignação de tais ideias gerais se faziam imprescindíveis à correta compreensão do objeto do presente trabalho, qual seja, a afirmação de um direito civil de investigação com fins probatórios.

Nos tópicos seguintes, procurar-se-á estabelecer o conceito e a natureza do direito afirmado, bem como a utilidade e os limites do mesmo. A terceira parte do trabalho consistirá na avaliação do sistema processual vigente, bem como das possíveis alterações na legislação pátria com o Projeto de Código de Processo Civil, atualmente aguardando aprovação do Senado Federal.

3.1. CONCEITO E DELIMITAÇÃO DO TERMO INVESTIGAÇÃO

Segundo o Dicionário Houaiss da língua portuguesa ⁶⁸, a palavra investigação significa *o ato ou efeito de investigar*, podendo assumir três definições. A primeira, a “averiguação sistemática de algo; inquirição, indagação, apuração”. A segunda, o “ato de esquadrinhar, de prescrutar minuciosa e rigorosamente”. Finalmente, a terceira, sob o aspecto jurídico, o “conjunto de atividades e diligências tomadas com o objetivo de esclarecer fatos ou situações de direito”.

Com efeito, interessa aqui a concepção jurídica do termo. Ou seja, aquela investigação relacionada à descoberta de *fatos jurídicos*.

A atividade investigativa está ligada ao processo realizado na tentativa de reconstrução de fatos – embora isso, como exposto em tópicos anteriores, seja inalcançável em sua

⁶⁸ HOUAISS, Antonio. **Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa**. [S.I.]: Objetiva, 2009. CD-ROM.

totalidade. Essa é a atividade empregada, *e.g.*, pelo magistrado quando da análise do material probatório constante dos autos ou mesmo de seu próprio intelecto ⁶⁹.

A doutrina, ao se debruçar sobre a ideia de *investigação*, tende a ligá-la à *busca da prova por autoridade*, tal como nos casos de *inquéritos criminal e civil, comissão parlamentar de inquérito, sindicâncias-administrativas ou patrimoniais* ou determinados *processos administrativos* ⁷⁰. Ou seja, a investigação que se trata de um poder-dever do ente público.

Por outro lado, quando ligada à atividade das partes, em geral é vista como atividade clandestina, tendente a gerar prova ilícita, ou ainda como aquela realizada por profissional ou empresas de investigação (“detetives”). Veja-se, exemplificativamente, que a *Enciclopedia Del Diritto* ao tratar da “*Investigazione Privata*” na legislação italiana, associa-a com a atividade de *vigilanza*, ou a expressão, já caída em desuso, de *detectivage* ⁷¹.

Nada obstante, é inconteste que se por “investigação” se tem qualquer *conjunto de atividades destinado à descoberta de fatos jurídicos*, também as próprias partes a realizam. Nesse sentido, a busca por fontes de prova para instruir a inicial, como a solicitação de documentos, *v.g.*, constitui autêntica investigação realizada pelos particulares em momento anterior ao processo e que, salvo a extrapolação de certos limites legais e constitucionais, é plenamente lícita.

Todas essas formas, públicas ou privadas, estão vinculadas ao sentido de investigação no âmbito jurídico, dado que são atividades realizadas com o fim de esclarecer fatos jurídicos, bem como constituir ou descobrir fontes de prova. No entanto, seria tarefa intangível tentar catalogar e esmiuçar todos os tipos de atividade que compõem o gênero investigação.

Adverte-se desde já, portanto, que o trabalho, através de uma secção no conceito de investigação, abordará apenas uma de suas espécies. Interessa aqui a atividade investigativa – isto é, aquela que busca ao esclarecimento de fatos ou situações de direito –, realizada pelos particulares e que tenha por finalidade a constituição de prova. Sob essa mesma ótica,

⁶⁹ Nesse sentido, pode-se falar, por exemplo, nas presunções judiciais, que são o “raciocínio desenvolvido pelo juiz que, a partir de fatos conhecidos, considera provado um fato desconhecido não provado”; tal atividade teria “assento nas chamadas máximas de experiência (art. 335), as quais refletindo regularidades empiricamente observadas permitem conectar o fato conhecido com o fato desconhecido”. MITIDIÉRO, Daniel; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Curso de Processo Civil**: Volume 2: Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 68.

⁷⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da Prova Sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 213 e 214.

⁷¹ *Enciclopedia Del Diritto*. XXII: Intere-Istig. [S.I.]. Giuffrè Editore, 1972. p. 676-690.

Yarshell afirma que “a pesquisa de fatos e a pré-constituição da prova correspondem – se não integralmente, em boa medida – à ideia de investigação”⁷².

Assim, firmemos o conceito de *investigação cível*, para alvo do presente trabalho, como a *atividade destinada ao esclarecimento de fatos e à busca de fontes de prova*. Resta-nos saber o alcance disso, sua licitude e se poderia se falar em um “*direito de investigação*” nesses termos.

Partindo-se do conceito afirmado, verifica-se de plano que a atividade de investigação é realizada principalmente antes da demanda, de modo que as partes possam instruir a inicial e se certificar sobre a possibilidade de comprovação de um dado direito material. A busca das fontes de prova, assim, acaba sendo vista principalmente como atividade extraprocessual⁷³.

Nem por isso, no entanto, deve ser afastada a sua relevância para o processo ou mesmo a possibilidade de seu exercício neste. Se como se pretende afirmar, a investigação fontes de prova constitui *direito* das partes, faz-se imperiosa a possibilidade de sua defesa perante o Poder Judiciário, ainda que de forma autônoma, sob pena de violação ao artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal⁷⁴.

Isso porque, adiantando o conteúdo que será abordado no próximo capítulo, a investigação que visa à identificação ou produção de determinada prova consagra direito consectário do próprio direito à prova quando visto de forma autônoma. Assim, antes de delimitar o alcance e o espectro da licitude da investigação, crucial que se fundamente o porquê de tal atividade consistir em *direito* das partes.

3.2. DIREITO DE INVESTIGAÇÃO

Conforme Maricí Giannico, durante muito tempo, pelo aspecto das partes, a prova era vista tão somente como situação jurídica negativa. Nessa visão, “as regras sobre sua

⁷² YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da Prova Sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 212.

⁷³ Nesse sentido, Alvaro de Oliveira e Mitidiero, que afirmam que “a busca das *fontes* da prova diz respeito à *atividade* desenvolvida pelas partes fora do processo em busca de elementos que possam comprovar as afirmações fáticas que sejam de seu interesse”. MITIDIERO, Daniel; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Curso de Processo Civil**: Volume 2: Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 53.

⁷⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

distribuição só eram lembradas se, no momento de decidir, o juiz verificasse que algum fato não tinha sido efetivamente provado”⁷⁵.

Posteriormente, sob influência da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Convenção Europeia de Direitos Humanos, as constituições passaram a prever a prova como *direito* das partes. Nessa nova perspectiva, a atividade de reconstrução dos fatos passa a ser vista como do interesse de todos, porquanto a prova teria papel fundamental para evitar erros e injustiças nas decisões.⁷⁶

Com efeito, a prova vista como *direito* no Estado Democrático de Direito passa a atuar também como forma de participação das partes a fim de alcançar a legitimidade dos provimentos judiciais⁷⁷. A legitimidade do processo, assim, deixa de ser reconhecida tão somente pelo elemento de *jurisdição* que revela a vontade soberana do Estado através de um poder discricionário, na figura do juiz, para se concentrar também na figura democrática da participação efetiva de todos os envolvidos⁷⁸.

Nessa evolução da concepção probatória, passou-se a verificar a insuficiência da visão do direito de ação como simples poder de movimentar a máquina estatal para obter uma sentença de mérito. O devido processo legal não deveria ser visto como mero acesso formal ao Judiciário, razão pela qual a defesa, considerada ampla e garantida tanto às partes quanto a terceiros juridicamente interessados⁷⁹, deveria dar azo a um direito à prova, pois de nada valeriam as alegações das partes se não pudessem ser provadas em juízo.⁸⁰

A partir dessa visão, Joan Picó i Junoy afirma que “o direito à prova é aquele que possui o litigante consistente na utilização dos meios probatórios necessários para formar a convicção do órgão jurisdicional do que é discutido no processo”⁸¹. Ainda, citando o Tribunal Supremo e o Tribunal Constitucional espanhol indica que estes teriam considerado em numerosas ocasiões o direito à prova como “*inseparable del derecho mismo a la defensa*”

⁷⁵ GIANNICO, Maricé. **A Prova no Código Civil**: Natureza Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 107.

⁷⁶ *Ibidem*. p. 107-109.

⁷⁷ TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Maurício Ferreira. O Direito Fundamental à Prova e a Legitimidade dos Provimentos Sob a Perspectiva do Direito Democrático. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**: Atividade Probatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 306.

⁷⁸ *Ibidem*. p. 308-310.

⁷⁹ Nesse sentido, Joan Picó i Junoy, segundo o qual “*toda persona inquietada em um interés legítimo tiene derecho a obtener la tutela judicial, y ésta no puede alcanzarse sino es a través de la necesaria y oportuna prueba de los hechos litigiosos*”. **Derecho a la Prueba en el Proceso Civil**. Barcelona, Bosch, 1996. p. 37.

⁸⁰ LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 166 e 167.

⁸¹ JUNOY, Joan Picó i. *Op. cit.* p. 18 e 19. Tradução livre do autor. No original: “*el derecho a la prueba es aquél que posee el litigante consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional de lo discutido en el proceso*”.

ou até mesmo que seria consequência direta deste, tendo a Corte Constitucional italiana adotado a mesma linha de pensamento ao se utilizar da expressão “*diritto di difendersi provando*”⁸².

Michele e Taruffo complementam que os direitos das partes com relação às provas se enquadram, na verdade, em duas categorias. A primeira seria o direito das partes à prova como expressão do *direito de ação e a defesa*. A segunda estaria relacionada ao direito de participar na formação e na administração da prova, sendo expressão do *princípio do contraditório*.⁸³

No Brasil, de igual forma, vem se afirmando que o direito à prova consiste em direito fundamental⁸⁴. Ainda que não consignado expressamente na Constituição, retira-se do inciso LVI do artigo 5º que, ao determinar como inadmissíveis todas as provas obtidas por meios ilícitos, uma interpretação *a contrario sensu* permitiria a afirmação de que todas as provas obtidas por meios lícitos seriam admissíveis⁸⁵. Igualmente, estaria fundamentado no direito à tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), à paridade de armas (art. 5º, I), ao contraditório (art. 5º, LV) e de publicidade e motivação das decisões judiciais (art. 93, IX)⁸⁶.

O direito fundamental à prova possui conteúdo complexo, compreendendo diversas situações jurídicas ao longo do processo⁸⁷. Quando visto como *aspecto essencial do princípio do contraditório e da ampla defesa*⁸⁸, segundo João Batista Lopes, traria as seguintes implicações: a) o direito de deduzir todos os meios para demonstrar as alegações deduzidas no processo; b) o direito à contraprova; c) o direito de produzir provas deduzidas e admitidas, e d) o direito à valoração adequada⁸⁹.

Para Giannico, um verdadeiro direito à prova compreenderia, além da garantia da devida valoração pelo juízo, as seguintes possibilidades: i) como expressão do direito de ação e de defesa, “colaborar com o juiz na investigação dos fatos trazidos a juízo, valendo-se para

⁸² JUNOY, Joan Picó i. **El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil**. Barcelona, Bosch, 1996. p. 35-37.

⁸³ MICHELE, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. A Prova. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil: Atividade Probatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 64.

⁸⁴ Sobre o tema: RAMOS, Vitor de Paula. Direito Fundamental à Prova. **Revista de Processo**, v. 224, 2013. p. 41.

⁸⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel.; **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil**. V. 1. São Paulo: Atlas, 2010. p. 45.

⁸⁶ MITIDIERO, Daniel; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Curso de Processo Civil: Volume 2: Processo de Conhecimento**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 57.

⁸⁷ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. **Revista de Processo**, v. 218, 2013. p. 14.

⁸⁸ LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 173.

⁸⁹ *Ibidem*. p. 167.

tanto de todos os meios que estejam a sua disposição”, e ii) como expressão do princípio do contraditório, “persuadir o julgador quanto à verdade dos fatos (e sua razão), quando da apreciação dos pontos controvertidos”. A prova, assim passaria de *situação jurídica negativa a direito subjetivo processual* assegurado pela Constituição, cuja tutela poderia ser, em certa medida, exigida do Estado-juiz⁹⁰.

A implicação de utilizar “de todos os meios para demonstrar as alegações” e a possibilidade de “colaborar com o juiz na investigação dos fatos” através “de todos os meios que estejam a sua disposição” podem ser vistas também, em outras palavras, como o direito da parte de ter *acesso à prova*. Nesse sentido, em perspectiva semelhante a dos demais autores já citados, Yarshell aduz que o conteúdo do direito à prova corresponde a certas *prerrogativas*, nas quais estariam as de: a) buscar a prova e a ela ter acesso; b) requerê-la; c) tê-la admitida; d) participar da respectiva produção, e e) obter a correspondente valoração⁹¹.

Francisco Rosito, igualmente, define o direito à prova como “a faculdade da parte a utilizar os meios probatórios necessários para formar a convicção do órgão jurisdicional acerca da controvérsia no processo”. Acrescenta, valendo-se das lições de Paolo Tomini, que esse direito, em uma perspectiva mais ampla, “compreende o direito de todas as partes de buscar as fontes de prova, requerer a admissão do respectivo meio, participar de sua produção e apresentar uma valoração no momento das conclusões”.⁹²

Diante dessas lições, chega-se à conclusão de que o direito à prova compreende não apenas o direito de comprovar as alegações em juízo, mas também o direito de obter ou formar a prova. Yarshell, nesse sentido, diferencia o *direito à prova* do *direito de provar*, afirmando que este estaria contido naquele e nos direitos de ação e de defesa.

No exercício do direito de provar, a pretensão da parte se cingiria a produzir a prova para confirmar suas alegações, de forma a garantir um provimento jurisdicional. O *direito à prova*, por sua vez, poderia ser entendido “não exatamente como uma das posições jurídicas integrantes do feixe que o direito de ação e o de defesa englobam”, na medida em que compreenderia também um “direito simplesmente à produção (obtenção e pré-constituição) de

⁹⁰ GIANNICO, Maricé. **A Prova no Código Civil: Natureza Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 110 e 111.

⁹¹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da Prova Sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 210.

⁹² ROSITO, Francisco. **Direito Probatório: As Máximas de Experiência em Juízo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 36.

determinada prova, entendido como a prerrogativa de invocar do Estado um ato que se esgote aí”.⁹³

Ressalte-se, no entanto, que a proposta do autor não é a completa desvinculação do direito à prova do direito de ação e defesa, mas, sim, conceder à ação “suficiente amplitude para permitir que o interessado, sem propriamente invocar a declaração do direito material em dado caso concreto, se limite a postular a atuação estatal direcionada à busca, à obtenção e à produção de certa providência de instrução”⁹⁴. Ou seja, o direito à prova teria autonomia suficiente para sustentar um “direito de pedir ao Estado que intervenha tão somente para permitir a pesquisa e o registro de certos fatos”⁹⁵.

Com efeito, o direito à prova não deve ser visto como passível de ser exercitado apenas em dado processo para comprovar certas alegações fáticas. Isto é, tal direito não se vincula à mera produção de *meios de prova*, mas também à investigação de *fontes de prova*, ainda que antes da demanda.

As consequências de tal conclusão são de fundamental relevância para se garantir uma tutela efetiva, adequada e justa. Nesse sentido, afirmava Cappelletti que a possibilidade de obtenção de provas estaria vinculada com o problema do acesso à justiça, porquanto resultaria na maior eficiência na apresentação dos argumentos pelas partes⁹⁶.

Quando se afirmou, em capítulo inicial deste trabalho, que a prova também teria as partes como destinatárias, consignou-se que seria incorreta a afirmação de que quem ajuíza determinada demanda sempre tenha plena convicção acerca dos fatos, precisando apenas prová-los ao juiz. Muitas vezes as partes não têm acesso aos caminhos para se chegar à determinada fonte de prova. Isso pode ocorrer tanto pela falta de recursos financeiros, conhecimentos específicos ou mesmo pela resistência da outra parte ou de terceiro. É nessas hipóteses que se poderá falar em um direito de acesso à prova amparável por meio do Poder Judiciário, inclusive por processo autônomo.

Há de se ter claro, portanto, que o direito à prova não se limita ao *direito de provar* as alegações em juízo. Em verdade, ao se conceber a prova como direito, é possível verificar que este é digno inclusive de uma tutela própria.⁹⁷

⁹³ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da Prova Sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 233 e 234.

⁹⁴ *Ibidem*. p. 313.

⁹⁵ *Ibidem*. p. 211.

⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988. p. 21 e 22.

⁹⁷ GIANNICO, Maricé. **A Prova no Código Civil: Natureza Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 109 e 110.

Acerca da autonomia do direito à prova não deve pairar dúvidas. Didier Jr. e Paula Sarno Braga sustentam que “o direito à produção da prova tem autonomia suficiente para ser objeto de um processo autônomo”, tal como nos casos de ações probatórias – sejam elas típicas, como a produção antecipada de provas, a exibição e a justificação, ou mesmo atípicas, de *lege ferenda*, sem depender dos tipos legais arrolados ou mesmo de urgência. Neste último caso, diante dos poderes de busca e obtenção da prova, estaria claro o *direito à investigação*, permitindo às partes interessadas a avaliação de suas chances em atual ou futura lide, mas com tutela jurisdicional não diretamente ligada ao convencimento do juiz em julgamento estatal de mérito.⁹⁸

De fato, como será abordado no último capítulo do trabalho, o direito de investigação pode ser pleiteado por meio de ação probatória. Nesse sentido, o processo de justificação admite a produção de prova testemunhal fundado “exclusivamente no direito do autor em conhecer fatos que tenham alguma utilidade” (jurídica), prescindindo de comprovação quanto a qualquer perigo na demora da produção da prova⁹⁹.

Daniel Amorim Assumpção Neves, em obra dedicada ao tema, sustenta ainda a proposta, *de lege ferenda*, de uma “ação probatória autônoma sem qualquer necessidade de o autor demonstrar perigo na demora da produção”, ou seja, “uma ação probatória autônoma genérica, fundada exclusivamente no direito à prova”¹⁰⁰. Este mesmo autor exemplifica a utilidade de tal ação para a pré-constituição de prova a amparar o mandado de segurança¹⁰¹, para formar prova destinada a aparelhar ação coletiva albergada por coisa julgada *secundum eventum probationis*¹⁰², para precisar um pedido¹⁰³ ou causa de pedir¹⁰⁴, ainda para evitar um litisconsórcio alternativo¹⁰⁵ ou para facilitar a conciliação e a mediação extrajudicial¹⁰⁶.

Importa ressaltar que a ação probatória autônoma nesses termos assegura a formação da prova para a utilização em eventual e incerto processo ou mesmo para outros fins. No caso de utilização como meio para facilitar um acordo, por exemplo, pode ser que sequer haverá processo.

⁹⁸ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. **Revista de Processo**, v. 218, 2013. p. 15.

⁹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Probatórias Autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 351-355.

¹⁰⁰ *Ibidem*. p. 359.

¹⁰¹ *Ibidem*. p. 359-372.

¹⁰² *Ibidem*. p. 373-387.

¹⁰³ *Ibidem*. p. 439-446.

¹⁰⁴ *Ibidem*. p. 387-409.

¹⁰⁵ *Ibidem*. p. 409-424.

¹⁰⁶ *Ibidem*. p. 424-439.

Tudo isso torna alva a existência de um direito ao conhecimento de fatos mesmo que desvinculado do direito de provar as alegações em um dado processo. O direito à prova, assim, acaba fundamentando um direito de investigação que é anterior à ação na qual esses fatos poderiam ser relevantes. As partes têm o direito ao acesso à determinada fonte de prova não apenas para comprovar uma versão dos fatos que já lhes é conhecida, mas também para formar esta convicção.

Obviamente, o direito aqui sustentado, assim como qualquer outro, não é absoluto. Afirmar que todos teriam o direito de movimentar o Poder Judiciário para ter acesso a provas de fatos sobre os quais desconhecem completamente seria irracional, porquanto inatingível o juízo de adequação do meio.

A fim de evitar o arbítrio puro de uma das partes e garantir o ideal de segurança jurídica, faz-se impositivo o estabelecimento de critérios ao exercício de tal direito. Assim, põe-se o questionamento: a partir de quando teria a parte o direito de investigar?

A nosso ver, o fundamento residiria na existência de indícios de um dado direito material. Ou seja, ao buscar um *fato principal*, deve o indivíduo ter o conhecimento de *fatos indiciários*. Em outras palavras, não basta que a parte queira investigar, deve haver para tanto uma *justa causa* ¹⁰⁷.

Outra questão diz respeito à limitação do exercício do direito. Ainda que a existência de indícios de um determinado fato faça nascer um direito de investigá-lo, o modo como isso será realizado também importa ao direito.

O direito à prova, ainda que seja considerado um direito fundamental, não pode ser exercido de forma indiscriminada restringindo a esfera jurídica de terceiros. Quem investiga deve levar em conta os limites impostos pelo ordenamento jurídico. Ainda, quando houver o choque entre direitos fundamentais será o Poder Judiciário o encarregado de, em última análise, ponderar no caso concreto a licitude da atividade.

No que tange à licitude, cabe ressaltar a distinção entre a investigação e o seu eventual resultado: a prova. Assim como a existência de uma prova ilícita não interfere na licitude de outra prova independente de um mesmo fato ¹⁰⁸, o mesmo ocorrerá entre a investigação e a prova.

¹⁰⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da Prova Sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 220. Para o autor o requisito serve tanto ao ente público quanto ao privado.

¹⁰⁸ “Existindo um fato e duas provas, uma pode ser lícita e a outra ilícita. Ainda que ambas as provas tenham o objetivo de elucidar o mesmo fato, uma é totalmente independente da outra, e assim uma delas obviamente pode

Dizer que a apuração de um fato X por uma forma Y é ilícita significa afirmar apenas que a ilicitude esta compreendida na forma Y. Ou seja, a investigação do fato X continua sendo um direito da parte, que pode se dar pelas formas Y2, Y3, etc. O direito de investigação pode ser exercido por vários *meios de investigação*.

Isso importa dizer que se determinada prova foi alcançada por dois meios distintos, um lícito e outro não, poderá ser admitida no processo. Ou seja, a licitude da investigação é relativamente extrínseca à admissibilidade de determinada prova no processo.

Assim, pode haver formação de prova lícita quando apenas um dos meios de investigação utilizado foi ilícito. Igualmente, pode ocorrer o contrário. A investigação pode ter sido completamente conforme o Direito e a prova daí resultante, não – *e.g.* a requisição de determinada gravação pode ter obedecido ao devido processo legal, ainda que a gravação em si tenha sido clandestina.

Quando exercido por meio do processo, no entanto, torna-se necessário conceber um provimento judicial próprio às particularidades do direito defendido. Assim como na ação inibitória, cujo objetivo é convencer o juiz acerca da probabilidade da ocorrência de um ato ilícito, na ação que visa à investigação de um fato se deve buscar o convencimento do juiz acerca da viabilidade do meio processual a partir da alegação de um fato indiciário, que deve ser provado ¹⁰⁹. O ponto será aprofundado no capítulo destinado ao exercício do direito de investigação.

3.3. NATUREZA

Como já afirmado, o direito de investigação delineado no presente trabalho compreende a investigação de fatos e a busca de fontes de prova. Isso pode ocorrer antes da propositura da ação - com o objetivo primordial de pré-constituição da prova ou mesmo de mero prognóstico, ou ainda no curso de um dado processo, seja de forma incidental - para

ser considerada pelo juiz. Aliás, essa independência também pode ocorrer quando a prova é posterior à ilícita, mas com ela não tem qualquer vínculo”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 240.

¹⁰⁹ De acordo com Marinoni, na ação inibitória o autor “deverá alegar fatos que sejam suficientes para permitir ao juiz, raciocinando, formar um juízo acerca da alegação de que provavelmente será praticado um ilícito”. Assim, “o juiz, a partir de uma alegação de fato (fato indiciário) e de sua prova, raciocina (de forma presuntiva) para chegar a uma conclusão (presunção)”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela inibitória**: individual e coletiva. 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 50 e 51.

buscar novas fontes de prova a consubstanciar as alegações da parte -, ou mesmo por ação própria, visando tão somente à investigação de fatos e à constituição de provas.

Dessa forma, tratando-se de direito que nasce antes de determinada ação e pode ser exercido tanto judicial quanto extrajudicialmente, surge a problemática atinente à definição da natureza do mesmo. Tratar-se-ia de direito de cunho material ou processual?

A polêmica passa, inegavelmente, pela mesma celeuma doutrinária atinente à natureza das regras que disciplinam a prova. Sobre o tema há inúmeras correntes, havendo quem sustente a natureza material, diante da importância da prova para assegurar o próprio direito cujos fatos se pretendem provar, e quem afirme a natureza processual, uma vez que a prova seria meio destinado ao convencimento do Estado-juíz, sendo esta a corrente dominante atualmente. Ainda, há quem sustente a natureza dúplice das regras, conforme a prova seja utilizada antes ou após o ajuizamento da demanda. Por fim, há quem negue a importância da classificação, cabendo ao júizo analisar o caso concreto a fim de garantir a solução mais adequada.

A atividade investigativa anteriormente delineada certamente encontra um obstáculo na doutrina que considera todas as regras que se relacionem à prova como necessariamente processuais. Isso porque tal concepção vem, em regra, vinculada à prova como meio exclusivamente destinado ao convencimento do julgador *no processo*¹¹⁰.

Para Chiovenda, as normas que dizem respeito à execução e à admissibilidade são de ordem processual, podendo ser aplicadas imediatamente, ainda que já fossem diferentes ao tempo da realização do ato ou fato que se pretende provar. Assevera, no entanto, que nem todas as normas referentes às provas seriam *sobre as provas* enquadradas na lei processual. Isso porque há regras que disciplinam a própria existência do ato jurídico, e não a formação da convicção do juiz – tal como a exigência de escritura *ad substantiam* ou *ad solemnitatem*.

111

¹¹⁰ A título exemplificativo, Alexandre Freitas Câmara, para o qual “as normas sobre prova têm natureza processual, pois regulam o meio pelo qual o juiz formará sua convicção, a fim de exercer a função jurisdicional”. O autor ainda consigna que adotaria “posição dominante sobre o tema”, utilizando como alicerce Hermenegildo de Souza Rego, Couture, Liebman e Barbosa Moreira. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, Volume 1. 21. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 390 e 391 e nota de rodapé n. 946. No mesmo sentido Arenhart e Marinoni, que, embora defendam a superação da dicotomia material-processual, consignam que “segundo a maioria dos processualistas contemporâneos, as regras sobre prova são de natureza processual, já que apenas no processo têm a sua eficácia própria”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 357.

¹¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. 1. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965. p. 90-94.

Couture tece dura crítica à tese de que as normas que regem a apreciação da prova seriam de direito substantivo, afirmando que ela corresponderia “inegavelmente a uma concepção privatista do processo, na qual a vontade das partes assume papel preponderante em face das exigências da coletividade” e que ainda que a prova seja “tanto uma atividade dos litigantes como um instrumento de convicção do juiz”, no panorama geral das provas “*o que prevalece é a figura do magistrado*”. Acrescenta que as normas que dizem respeito à eficácia dos atos jurídicos com caráter solene dizem respeito à própria validade do ato, ao passo que aquelas que instituem um determinado meio de prova ou excluem outros visam puramente à regulação processual.¹¹²

Liebman afirma de forma categórica que “a prova dá-se no processo e dirige-se ao juiz, destinada como é a formar-lhe a convicção quanto aos fatos da causa e a constituir, portanto, o fundamento de sua decisão”¹¹³. Assim, esse autor outorga às normas que disciplinam as provas, “tanto quanto à admissibilidade e eficácia quanto nos modos e formas de sua produção e colheita, um todo orgânico indivisível”, cuja natureza seria exclusivamente instrumental processual.

O processualista chega ao ponto de desprezar o caráter probatório da prova pré-constituída antes desta adentrar ao processo, afirmando que “mesmo a efetiva força probante dos documentos aparecerá em concreto apenas no processo, no qual se encontrarão concorrendo e colidindo com outras provas, de todo imprevisíveis para ser, enfim – junto com estas – valoradas pelo juiz”¹¹⁴. Ainda, quando alude à produção de certa prova antes de um dado processo, afirma que a utilidade dela seria meramente “fática” e não “jurídica”, pois o peso a ela conferido seria presumido e se daria apenas por uma dedução de um possível emprego no futuro, com incerta e duvidosa carga a ser outorgada pelo magistrado¹¹⁵.

Quanto a tais questões, como já afirmamos à exaustão na primeira parte do trabalho, não merece guarida as críticas, porquanto estritamente vinculada à ideia de prova como elemento capaz de demonstrar a verdade acerca de determinados fatos. No entanto, a prova, fora ou dentro do processo, sempre será elemento argumentativo destinado à persuasão e vinculado à ideia de *probabilidade*. Ademais, ainda que a prova tenha como principal

¹¹² COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Tradução de Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 127 e 128.

¹¹³ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume 2. Tocantins: Intelectus Editora, 2003. p. 83.

¹¹⁴ *Ibidem*. p. 84.

¹¹⁵ *Ibidem*. p. 85.

destinatário o julgador, isso não implica exclusão da finalidade voltada às partes em sua produção.

Nesse diapasão, não há como se afirmar que determinado documento antes do processo não guardaria carga argumentativa alguma e, somente após a sua juntada nos autos, seria meio capaz de demonstrar determinado fato. O que se pode dizer, no máximo, é que determinada prova, quando juntada ou produzida no processo, induz de forma mais consistente o estado de convicção das partes acerca da plausibilidade do pleito, uma vez que se torna possível cotejar todos os elementos de prova concernentes à lide, sejam eles favoráveis ou contrários às alegações do litigante.

Diante de tais considerações, poder-se-ia cogitar o enquadramento da prova e, conseqüentemente da investigação aqui proposta, como de natureza exclusivamente material. A nosso ver, contudo, não é a solução mais adequada.

Em primeiro lugar, porque não há como se afirmar, como bem aduz Giannico, que as normas que estabelecem a forma pela qual a prova será produzida em juízo – ou seja, referentes ao procedimento probatório -, sejam de natureza material. Ainda, o autor cita Chiovenda, para o qual, a discussão sobre tal ponto sequer seria objeto de discussões sérias. Assim, o debate deve se dar apenas quanto às normas que tratem da *admissibilidade, objeto e valor* da prova.¹¹⁶

Satta, nessa linha, sustenta que sob o aspecto procedimental, ou *dinâmico*, de apuração de um fato no processo, ou a reprodução ao juízo do fato a provar, as regras constariam de direito processual. No entanto, quando analisada por uma visão *estática*, na qual as provas seriam os *meios* ou *fontes*, corresponderiam à “identidade ou meio decisivo ou relevante dada a certeza de um fato” e seriam consideradas de direito material.¹¹⁷

No Brasil, Scarpinella Bueno afirma que, a rigor, caberia ao direito material disciplinar as condições essenciais à prova dos atos e fatos jurídicos em geral e o seu respectivo valor probante, enquanto ao direito processual civil caberia “transportar aquelas provas para o plano do processo e de como viabilizar a sua produção em juízo em termos amplos”. Após, no entanto, põe em dúvida a dicotomia apresentada, apontando que “se põe em cada caso concreto a necessidade de verificar qual das normas que, eventualmente, disciplinam um mesmo assunto e prevalece sobre a outra”, exemplificando com o artigo 212

¹¹⁶ GIANNICO, Maricé. **A Prova no Código Civil**: Natureza Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 119.

¹¹⁷ SATTA, Salvatore. **Direito Processual Civil**. 7. Ed. Tradução de Luiz Autuori. Editor Borsoi. Pádua, 1973. p. 213, 214, 315 e 316.

do Código Civil que dispõe sobre os meios de prova para prova de fato jurídico. Afirma que tal dispositivo não teriam afetado as regras sobre os meios de prova constantes do Código de Processo Civil, visto que além de não ser taxativo o rol, não poderia o mesmo atritar com o princípio da atipicidade de provas, que tem guarida constitucional.¹¹⁸

Ainda buscando uma solução conciliatória, encontramos autores que defendem uma teoria mista, que atribuiria ao instituto ambas as naturezas. Nessa perspectiva, podemos destacar Moacyr Amaral Santos, segundo o qual as normas a respeito da prova podem ser de direito formal e de direito substancial, segundo seja vista quanto à sua *produção em juízo* ou à sua *admissibilidade e valor*. Distingue, assim, o estabelecimento normativo dos *meios de provar* daqueles que visam ao *modo de produzir a prova*, sendo estes de direito processual e aqueles de direito material. Entrariam na esfera do direito civil: *a determinação das provas e a indicação tanto do seu valor jurídico quanto das condições de sua admissibilidade*, e na esfera processual: *o modo de constituir a prova e de produzi-la em juízo*.¹¹⁹

A distinção proposta seria ainda válida para a eficácia da lei no tempo. Nessa visão, “as leis relativas à prova, no que concerne à substância do direito (*decisorium litis*), que digam respeito ao seu valor jurídico e às condições de sua admissibilidade, não retroagem”. Por outro lado, aquelas que “estabelecem o modo de constituir a prova e de produzi-la em juízo, ou seja, as meramente reguladoras da lide (*ordinatorium litis*), são eminentemente retroativas, como as leis processuais em geral”.¹²⁰

Nessa mesma linha Echandia, que defende a distinção da natureza da prova de acordo com a sua função no processo ou como formalidade para a validade ou existência de determinados atos jurídicos materiais, citando o exemplo, neste último caso, da escritura pública na compra e venda de imóveis na Colômbia. Sendo considerado em função do processo - ainda que antes da instauração deste, como no caso dos documentos, cuja formação o autor considera *extraprocessual* - seria um *ato jurídico processual*. Quando se constitui em requisito *ad substantiam actus*, no entanto, a prova seria um ato jurídico material, tal como a escritura pública constitutiva do contrato de compra e venda. Neste último caso, ingressaria ao processo através de um ato jurídico processual, sem perder a primeira condição.¹²¹

¹¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil**: Procedimento Comum: Ordinário e Sumário. Volume 2: Tomo I. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 237 e 238.

¹¹⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 41 e 42.

¹²⁰ *Ibidem*. p. 44-46.

¹²¹ ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria General de La Prueba Judicial**. Tomo I. Editor Victor P. de Zavalía. Buenos Aires, 1981. p. 20.

Marinoni e Arenhart, amparados pelas lições de Vittorio Denti e Cappelletti, ao reportarem a teoria mista, sustentam a “imprestabilidade dessas ideias no campo prático”, pois todas as provas, ainda que tenham eficácia social pré-processual, sempre teriam aptidão para serem utilizadas em determinado processo, sendo inviável se cogitar uma mudança de regime após a formação da prova, sob pena de torná-la completamente inútil.¹²²

Sustentam esses autores que as categorias abstratas que enquadram as normas em naturezas material e processual, ainda que possam ter utilidade didática, não guardariam completa coerência com a complexidade da realidade, representando apenas “divisões arbitrárias”. Valem-se, assim, dos ensinamentos de Denti para indicar que caberia ao juiz atender às *exigências do caso concreto*, ora por critérios de direito material, ora pelos de direito processual. Complementa com a pontuação de Cappelletti no sentido de que não se trataria de uma decisão discricionária “*caso a caso*”, mas a outorga ao magistrado da possibilidade de firmar “*critérios*” para a solução “*problema a problema*”.¹²³

O presente trabalho não será pretensioso ao ponto de afirmar como verdadeira esta ou aquela teoria. No entanto, parece-nos bastante válida a crítica dos últimos autores citados acerca da realização de divisões arbitrárias na matéria.

Com efeito, ainda que de incontestável utilidade organizatória e didática, não há razão alguma para, ao se optar por uma ou outra classificação, tolher direitos fundamentais, como o é o direito de investigar fatos e fontes de prova. Assim, seria desprovida de racionalidade a possibilidade de obtenção de uma prova pela via extrajudicial, mas vedada a sua postulação no processo. Igualmente, a vedação de juntada aos autos de prova já pré-constituída, mas que foi proibida por suposta lei processual antes do ajuizamento da ação certamente violaria o direito adquirido à prova, importando afronta ao disposto no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição.

¹²² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 360.

¹²³ *Ibidem*. 360 e 361.

4 EXERCÍCIO

4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Como afirmado, o direito à prova compreende também a prerrogativa de a ela buscar e ter acesso, nascendo daí um *direito de investigação*. Ainda, esse direito pode ser exercido tanto desvinculado do processo, quando não afetar a esfera jurídica de terceiros, quanto por meio do processo, incidentalmente ou por ação própria.

No que concerne à busca de fontes de prova, no mais das vezes a atividade será anterior à demanda, pois, sendo a petição inicial o instrumento de que se utiliza o particular para requerer do Estado a prestação de tutela jurisdicional, a regra é que a parte autora já em tal peça indique a razão pela qual se faz necessária a atuação estatal. Diante disso, estabelece o inciso III do artigo 282 do Código de Processo Civil vigente que a petição inicial deve indicar desde logo *o fato e os fundamentos jurídicos do pedido*.

O ônus de tal especificação tem fundamental relevância, uma vez que, como afirma Pontes de Miranda, “é preciso que o juiz conheça o que se pede e porque se pede; e o réu, citado possa defender-se, isto é, saiba o que se pediu, contra ele, ao juiz”¹²⁴. O mesmo jurista aponta que a lei processual teria adotado a *teoria da substanciação*¹²⁵, e não a da *individualização*¹²⁶, exigindo-se a caracterização do fato e da obrigação mesma¹²⁷.

Parte-se, assim, do pressuposto de que os fatos já são conhecidos em sua plenitude pelas partes, bastando que se os prove em juízo quando não admitidos pela outra parte. Isso porque a atividade jurisdicional deveria ser vista como elemento destinado à segurança jurídica, capaz de estabelecer, diante de duas alegações contraditórias (do autor e do réu), qual deve prevalecer. Quando, no entanto, a parte autora desconhece os fatos ou simplesmente tem uma suspeita acerca do modo como ocorreram, exigir-se-ia que “adivinhasse” o ocorrido na vestibular, sob pena de ser-lhe negado acesso aos tribunais.

¹²⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Comentários ao Código de Processo Civil**: Tomo IV: arts. 282 a 443. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 17.

¹²⁵ Cf. Cruz e Tucci, “para a teoria da substanciação, a *causa de pedir*, inclusive no que tange aos direitos absolutos, corresponde ao fato gerador do direito”. TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 124.

¹²⁶ “Para os seguidores da teoria da individualização, no que tange à *causa de pedir*, a mudança do fato ou dos fatos constitutivos ocorrida no curso do processo não implica alteração da demanda. [...] Conclui-se, portanto, e em apertada síntese, que, segundo a denominada teoria da individualização, a alegação dos fatos, nas ações que encerram um direito absoluto, delinea-se apenas como condição de êxito da demanda, e não como elemento identificador”. *Ibidem*. p. 118 e 120.

¹²⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Op. cit., loc. cit.*

Referida visão, todavia, contrasta em parte com o exposto até agora. Negar à parte o acesso à determinada prova importa violação de direito, ressalta-se, fundamental, e conseqüente negativa jurisdicional, vedada pelo inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

Nada obstante, ainda que a atividade investigativa seja realizada antes de um contexto litigioso, a investigação para apuração de certos fatos tem por objetivo, muitas vezes, a identificação e pré-constituição de provas com evidente escopo de utilização em eventual processo. Exemplifica-se tal situação com o sujeito que ao encontrar seu carro depredado questiona um ou dois transeuntes para esclarecer a questão. Tais depoimentos, por mais que não possam ser considerados meios de prova testemunhal, não somente auxiliarão no esclarecimento do fato suscetível da ação própria, como também permitirão ao investigador a identificação de fontes de prova passíveis de utilização no processo, indicando os nomes das testemunhas no respectivo rol.

Ainda no mesmo caso hipotético, pode ser que o proprietário do veículo verifique que em frente ao local em que estacionou havia um estabelecimento comercial dotado de câmara de vigilância e que, ao pedir ao proprietário, este gentilmente lhe cede uma cópia da gravação, sendo possível a identificação do depredador. Nesse último caso, a prova documental obtida estará desde já apta à juntada no processo, caracterizando-se em fonte de prova à disposição da parte ¹²⁸.

Pode ser ainda que a prova independa da vontade de terceiros, como no caso do sujeito que, para ajuizar determinada ação real, vai ao Registro de Imóveis e requisita informações sobre determinado bem. Aqui a própria lei que confere publicidade aos registros públicos acaba permitindo o fornecimento de elemento de prova antes mesmo do processo. Não há razão para se desconsiderar a investigação e constituição de prova daí decorrentes.

É possível notar a partir de tais exemplos a forte semelhança entre os casos, porquanto em todos exista a tentativa de esclarecimento dos fatos, levando também à identificação de fontes de prova que poderiam, ou não, serem levadas ao processo para utilização com fins de comprovar as alegações da parte. Note-se, nessa perspectiva, que em nenhum dos casos a prova se forma no processo, em que pese o magistrado a utilize para fundamentar sua decisão.

¹²⁸ Ressalte-se, no entanto, que a doutrina assevera que o momento de produção da prova documental quando vista não como “fonte”, mas como “meio de prova” é somente a partir do surgimento do processo, em regra na fase postulatória. A título exemplificativo: LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 117.

Sob outra perspectiva, no entanto, é possível verificar também a mesma atividade investigativa após a instauração da demanda. Aqui pode ser que ela seja realizada tanto de forma extrajudicial quanto por meio do processo, seja por ação própria ou incidentalmente.

Mantendo-se o exemplo do carro depredado, exemplifica-se a investigação posterior à ação no caso de se descobrir tardiamente a existência de câmera no local através do depoimento de uma testemunha. A partir de tal indício poderá a parte verificar pessoalmente a possibilidade de obtenção da prova cinematográfica – ocasião em que a atividade será eminentemente extrajudicial – ou ainda postular ao magistrado a intimação do proprietário da câmera para que lhe ceda cópia do vídeo.

O direito de investigação, assim, pode ser exercido sem que haja a resistência de terceiros ou sem que atinja a esfera jurídica destes (como no caso do sujeito que vai ao Registro de Imóveis). Nada obstante, é possível que seja necessária a atuação excepcional do Judiciário em vista do perigo de perda da prova ou em casos nos quais o autor não disponha de meios financeiros ou conhecimentos específicos para a formação da prova individualmente.

Por outro lado, é possível também que se faça necessária a intervenção judicial diante do imbricamento de direitos ou da resistência ilegítima de outrem¹²⁹. O ponto será melhor explicitado em capítulo específico.

4.2. LIMITES

Afirmou-se no capítulo anterior que o direito de investigação poderia ser exercido tanto judicial quanto extrajudicialmente e ainda com ou sem a resistência de terceiros. As limitações ao direito estão diretamente ligadas ao modo como ele é exercido.

A investigação exercida extrajudicialmente não passa pelo exame de condições da ação ou mesmo do motivo pelo qual é realizada. Para quem investiga, o norte é o Princípio da Legalidade, encartado no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal. Assim, em tese, a atividade não vedada em lei poderia ser realizada sem qualquer empecilho.

¹²⁹ Segundo Didier e Sarno Braga, “é a resistência da parte adversa a uma pretensão probatória que faz surgir o interesse-necessidade, impondo-se a intervenção e atuação do Estado-juiz para que assegure que a prova seja produzida democraticamente em juízo”. DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. **Revista de Processo**, v. 218, 2013. p. 26.

Todavia, é inegável que muitos dos atos tendentes à descoberta de fatos invadem a esfera de direitos, muitas vezes fundamentais, de outros indivíduos. Nesse sentido, o ordenamento prevê regras de direito privado e até mesmo de direito penal que visam à garantia de direitos fundamentais à intimidade, à imagem, etc. Ainda, no plano processual a própria Constituição impõe a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos (Art. 5º, LVI) ¹³⁰.

Indubitável que também aos particulares é imposto o dever de não violar direitos fundamentais de terceiros, isto é, a eficácia dos direitos fundamentais pode ser considerada também de forma horizontal. Sobre tal aspecto, o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido de que “os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados” ¹³¹.

¹³⁰ De acordo com Sérgio Mattos, essa limitação visa principalmente a evitar meios de prova que recebam o repúdio dos direitos fundamentais. MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 214.

¹³¹ EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal,

Obviamente, como bem ressaltam Daniel Sarmento e Souza Neto, a ponderação e a tentativa de compatibilização entre direitos fundamentais não é realizada apenas pelo Poder Judiciário, sendo também tarefa afeita ao Executivo e ao Legislativo, de forma preventiva, ou mesmo pelos particulares diante de ações concretas a serem tomadas. Mas ainda que tal análise não seja monopólio do Judiciário, diante da inafastabilidade do controle jurisdicional, qualquer ponderação realizada por outro Poder ou pelos particulares estarão sujeitas à revisão judicial, caso haja provocação no caso concreto ¹³².

Destarte, frente à resistência de terceiro que impeça a investigação ou a produção da prova de forma lícita, a melhor alternativa ao investigador será demandar perante o Poder Judiciário, o qual é capaz de ponderar no caso concreto e estabelecer qual dos direitos deverá ser preservado em maior grau ¹³³. Note-se ainda que em tal caso pode o magistrado inclusive, em casos extremos, afastar a aplicabilidade do próprio texto constitucional que não admite a prova obtida por meios ilícitos para a garantia de direito fundamental ¹³⁴.

Contudo, não se devem limitar as hipóteses de cabimento da investigação através do processo somente àquelas nas quais há pretensão resistida ou impossibilidade de produção de prova lícita em face de risco de violação a direitos fundamentais materiais. Conforme exposto anteriormente, o efetivo acesso à justiça impõe que seja possibilitada a produção da prova mesmo nos casos em que o obstáculo não é o imbricamento de direitos fundamentais, mas a falta de meios financeiros ou de conhecimentos específicos para a produção da prova.

Dito isso, faz-se alerta quanto à pretensão do capítulo: não se pretende aqui esgotar as hipóteses em que o exercício do direito de investigação ou do direito à prova deve ser

ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, RE 201819, Rel. Ministra ELLEN Gracie, Relator para Acórdão: Ministro Gilmar Mendes, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821)

¹³² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Versão Eletrônica. p. 405 e 406.

¹³³ Fala-se aqui em ponderação em um sentido amplo, como “método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento”, tendo-se em conta que ela pode servir a “quaisquer elementos (bens, interesses, valores, direitos, princípios, razões)”, não indicando “como deve ser feito esse sopesamento”. Para uma análise mais aprofundada da questão, diferenciando *postulados inespecíficos*, que não especificam os elementos e critérios que devem orientar a relação, como a ponderação, a concordância prática e a proibição de excesso, e *postulados específicos*, que estabelecem critérios com base em determinados elementos, como a igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 154-191.

¹³⁴ Nesse sentido Marinoni, que afirma a possibilidade de, por meio da proporcionalidade, admitir prova ilícita quando (e apenas nessa hipótese) “*não houver qualquer outra prova capaz de evidenciar situação fática imprescindível à tutela de direito que, diante das circunstâncias do caso concreto, merece tutela em face do direito atingido pela prova ilícita*”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 249-254.

limitado no processo. Tal objetivo, se alcançável, não encontraria amparo nas limitações físicas e temporais do presente trabalho. Com essa ressalva, tentar-se-á, na medida do possível, estabelecer as condições de admissibilidade da demanda com fins exclusivamente investigatórios.

Em primeiro lugar, destaca-se que não devem ser confundidos os requisitos de admissibilidade da prova a ser produzida ou levada ao processo com os da ação que visa à investigação. Na admissibilidade da prova no processo, devem ser analisados os requisitos de pertinência, relevância e divergência das partes com relação às alegações a que se pretende provar, bem como a licitude do meio utilizado para se chegar à prova ¹³⁵. Por outro lado, quando se fala da admissibilidade da ação que visa à investigação, poder-se-ia cogitar em condições da ação – as quais, caso se adote o esquema clássico de Liebman, seriam: interesse de agir, legitimidade das partes e possibilidade jurídica do pedido.

Para Yarshell, contudo, as condições da ação que tomam por fonte e referência apenas a relação de direito material não servem à ação que visa tutelar um direito autônomo à prova, devendo essa considerar elementos contidos tanto no plano material quanto no processual. No primeiro plano, deve verificar elementos relativos à relação de direito material, bem como os limites contidos em normas constitucionais e legais a que se sujeita o exercício do direito. No plano processual, consideraria as normas que disciplinam a prova em geral e as que regulam a prova buscada, bem como eventuais requisitos do processo no qual o fato buscado poderá ser relevante, quando seja possível sua identificação já no pedido. ¹³⁶

Destacou-se anteriormente que quem investiga, obviamente, deve saber minimamente o que pretende. Mas mais do que isso: quando busca o amparo do Judiciário, deve corroborar suas alegações com provas indiciárias que permitam a verificação da plausibilidade do fato a ser investigado. Isto é, deve demonstrar ao juiz através de indícios que possivelmente há um fato juridicamente relevante a ser investigado.

¹³⁵ De acordo com Alvaro de Oliveira e Mitidiero, “além do problema da utilização de provas ilícitas no processo [...] é importante perceber que o direito à prova no processo depende tão somente da admissibilidade da prova”, na sequência, acrescentam os autores que “para que uma alegação de fato possa ser objeto de prova no processo é necessário tão somente seja pertinente, controversa e relevante”. A alegação de fato pertinente seria aquela que “concerne ao mérito da causa”; “controversa quando sobre ela pendem duas ou mais versões nos autos”; “relevante quando é idônea a promover a compreensão da alegação de fato”. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel.; **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil**. V. 1. São Paulo: Atlas, 2010. p. 45.

¹³⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da Prova Sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 338 e 339.

No entanto, não se vá ao extremo de requerer a juntada de provas do fato a que se pretende provar ou ser descoberto, pois isso tornaria o pleito completamente inútil ou inviável. O que se requer é a comprovação dos dados fáticos ou dos motivos que levam o investigador a demandar a providência de instrução requerida por meio de indícios¹³⁷.

Nessa perspectiva, ainda que o direito de demandar a investigação, assim como o direito de ação, seja incondicionado ao efetivo direito postulado no processo¹³⁸, os juízos de admissibilidade e de mérito da ação acabam ganhando contornos praticamente incindíveis¹³⁹. Isso porque somente através dos indícios trazidos é que se pode precisar o nível de invasão na esfera de direitos de outras pessoas com a providência requerida¹⁴⁰, bem como a necessidade de atuação estatal¹⁴¹ e a adequação do provimento requerido.

No que tange à necessidade esta deve ser comprovada a partir dos fatos indiciários e do motivo pelo qual se faz necessária a atuação estatal. Esse motivo poderá ser desde a pretensão resistida de terceiro a outras dificuldades encontradas pelo investigador, como a falta de recursos ou conhecimentos específicos. Igualmente, será adequada a ação que servir a contornar tais obstáculos oferecidos à investigação extraprocessual.

A utilidade, igualmente, deve ser vista sob o aspecto mais amplo possível. Como afirmado à exaustão durante este trabalho, a descoberta de fatos jurídicos e a constituição de prova não está vinculada necessariamente ao ingresso de ação judicial para garantir o direito, podendo-se também pensar em autocomposição, utilização administrativa, etc. Não há, assim, como se vincular a prova a um processo judicial. Contudo, é possível que uma prova seja

¹³⁷ De acordo com Francisco Rosito, o indício seria “qualquer coisa, circunstância ou comportamento que o juiz entende significativo enquanto possa derivar conclusões relativas ao fato a provar”, mas que, por outro lado, não seria um meio de prova, mas um “dato fático que deve ser objeto de demonstração através dos meios de prova previstos e admitidos (testemunhal, documental, pericial, inspeção judicial, etc.)” ROSITO, Francisco. **Direito Probatório: As Máximas de Experiência em Juízo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 96 e 97.

¹³⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da Prova Sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 320.

¹³⁹ *Ibidem*. p. 322 e 323.

¹⁴⁰ Como destaca Yarshell, “ainda que com variações de intensidade decorrentes das particularidades de cada meio de prova, a produção dessa última importa sempre alguma forma de invasão da esfera individual – inclusive, eventualmente, de ‘terceiros’”, uma vez que “para que haja constrição não é preciso sejam adotados mecanismos de sub-rogação, como da busca e apreensão de documentos. Havendo determinação para que a prova se realize, o cumprimento voluntário do comando – no contexto de medidas coercitivas que podem vir a ser empregadas – não afasta, conceitualmente falando, a constrição que se opera na esfera jurídica”. *Ibidem*. p. 333 e 334.

¹⁴¹ Ainda conforme Yarshell, o direito à prova não seria incondicionado ao ponto de colocar o Estado em posição de extrema sujeição independentemente de qualquer relação da prova a ser pré-constituída ter alguma relação, ainda que mediata, com uma futura declaração de direito. Para o autor, “sob o ângulo do Estado, não interessa despende energia para a produção antecipada de uma dada prova sem qualquer relação, por menor e hipotética que possa ser, com uma controvérsia minimamente delimitada e com a expectativa, ainda que relativamente longínqua, de um julgamento estatal”, até porque “indefinição dessa ordem inviabilizaria a própria atuação estatal, porque não seria possível determinar qual seu objeto e limites”. *Ibidem*. p. 335.

inútil diante de o fato que se investiga estar acobertado por presunção absoluta de veracidade ou ser fato notório.

Ainda, antes de conceder ou não a providência requerida, caberá ao juiz sopesar os direitos envolvidos, graduando a admissibilidade de determinado meio em face do possível direito a ser defendido com a descoberta do fato e do direito de terceiro atingido pela investigação. Essa ligação com o direito material não é nova, e já alcança a atividade probatória exercida regularmente no processo.

De acordo com Daisson Flach, os deveres probatórios e os elementos trazidos pelas partes para alcançar a convicção do magistrado estão diretamente ligados ao *necessário diálogo com o direito material*¹⁴². Igualmente, na investigação também deve haver esse diálogo com o direito material, cabendo ao magistrado determinar o grau probatório necessário com base no possível direito a ser albergado pela parte com o fato jurídico a ser descoberto e a prova a ser produzida.

Por fim, calha ressaltar que sendo o objeto da ação o direito de investigar um fato, pode ser que se faça necessário ao juiz decidir sobre a viabilidade de vários meios de investigação ou mesmo da busca de mais de uma prova. Em tal caso, no entanto, far-se-á necessário confrontar a real utilidade de novas providências para esclarecimento da questão – o que se deve fazer apenas evitando a redundância da prova, mas não valorando estar ou não comprovado o fato¹⁴³.

4.3. HIPÓTESES PREVISTAS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Como mencionado anteriormente, o ordenamento vigente já é capaz de amparar em várias situações o direito de investigação aqui afirmado. Em muitas ocasiões podem os

¹⁴² “Verifica-se que, a partir da espécie de tutela pretendida, vale dizer, a partir do necessário diálogo com o direito material, é que se pode definir mais propriamente os deveres probatórios e os elementos sobre os quais deve a parte fazer surgir no julgador a convicção da verossimilhança”. FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 139.

¹⁴³ Como bem adverte Vitor de Paula Ramos, ao se reportar à análise do magistrado quanto à relevância da prova postulada durante determinado processo: “Entretanto, isso não quer dizer que as partes possam confirmar *ad aeternum* suas versões através das provas. Se o prévio conhecimento do juiz não pode servir de razão para o indeferimento da prova, eventual redundância da prova, por outro lado, poderá. Explica-se: existe um ponto em que a incorporação de novas provas confirmatórias significará um aumento muito pequeno de corroboração, acarretando grande perigo de desordem. O enfoque aí não será o convencimento subjetivo do juiz, mas sim a existência objetiva de elementos de juízo coerentes e consistentes entre si”. RAMOS, Vitor de Paula. **Direito Fundamental à Prova**. **Revista de Processo**, v. 224, 2013. p. 41.

particulares se valer de meios incidentais no processo para investigar fatos de que se têm indícios após o ajuizamento da ação. Em outras, podem utilizar ações próprias, tendo especial relevância, aqui, as ações probatórias.

Neste capítulo serão analisados os meios de que dispõe o particular para exercer pela via processual o seu direito de investigação. Após a análise da legislação vigente, torna-se possível a apuração da necessidade de eventual proposta *de lege ferenda* de modo a não deixar o direito aqui afirmado desamparado, uma vez que a Constituição prevê expressamente a inafastabilidade do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV).

4.3.1. *Investigação no curso do processo*

Denota-se a adequação da investigação no curso do processo quando, diante de certos indícios, busca a parte descobrir fatos novos que influenciarão no julgamento da lide. Nesse caso, faz-se necessário apontar para duas situações diversas a depender do momento de ocorrência do fato a ser investigado.

Aqui cabe a distinção adotada por Cruz e Tucci quanto ao *fato superveniente* e ao *fato novo*. O primeiro seria um fato ocorrido após o ajuizamento da ação e que repercute no processo. O segundo seria “um acontecimento da vida, apto a fundar uma demanda, que surge no processo depois da fase de estabilização, normalmente ao ensejo da produção da prova oral em audiência”, mas que já preexistia quando do ajuizamento da ação.¹⁴⁴

No primeiro caso, por expressa previsão legal do art. 462 do Código de Processo Civil¹⁴⁵, o juiz deve considerar o fato, desde que este seja capaz de influir de forma efetiva na demanda, constituindo, modificando ou extinguindo direito relativo ao postulado na peça exordial. Sendo assim, diante de indícios da sua ocorrência têm as partes interesse processual na investigação do fato superveniente. Em tais casos, eventual reabertura da instrução probatória se justifica até mesmo por motivos de celeridade, ao evitar nova e desnecessária ação.

¹⁴⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 165.

¹⁴⁵ Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

O fato novo, segundo Cruz e Tucci, representa exceção ao dogma da estabilização da *causa petendi*, sendo descoberto, normalmente, na fase probatória. Ocorre, por exemplo, quando do depoimento de uma testemunha que afirma fatos relevantes para a resolução da lide, mas não levantados por nenhuma das partes em suas alegações. Em tais casos, dever-se-ia verificar a possibilidade de dilação probatória quando esta não tumultuasse a marcha processual¹⁴⁶. Cuida-se, assim, de análise casuística diante da sobreposição dos princípios da celeridade processual e da ampla defesa.

Nessa senda, inegável que se há razões para investigar um fato vinculado à lide diante de situação revelada durante a instrução probatória – *e.g.*, por uma testemunha - não há razão para a negativa judicial, desde que haja a real relevância de esclarecimento da questão e isso não comprometa a celeridade ou a defesa da outra parte. Isso pode se dar diante de indícios da ocorrência tanto de um *fato superveniente* quanto de um *fato novo*. No entanto, tal como requisito para a produção probatória, inviável o pedido para a investigação de fatos impertinentes, incontroversos ou irrelevantes.

Por outro lado, pode-se minimizar a possibilidade de surgimento *fatos novos* no processo diante de investigação prévia. Neste caso, pode-se valer o litigante de diligências extraprocessuais anteriores ao ajuizamento da demanda ou ainda de ação própria para produção da prova, de modo a melhor aparelhar a inicial.

4.3.2. Ações probatórias

É plenamente possível que a pesquisa de fatos e a busca por elementos probatórios não esteja necessariamente vinculada à determinada ação judicial. Ressalta-se mais uma vez: o destinatário da prova é não apenas o juiz, mas também a parte, podendo esta dar-lhe a utilidade que bem entender, como a tentativa de acordo, utilização em vias administrativas, etc.

Nesse contexto, pense-se em um caso hipotético no qual um menor absolutamente incapaz reconhecido como filho em testamento pelo *de cuius* precisa saber dados trabalhistas

¹⁴⁶ O autor ainda conclui o raciocínio da seguinte forma: “Não há, pois, preclusão para a *mutatio libeli*, decorrente de introdução de *fato novo* no objeto do processo, desde que justificada por razões de economia processual. No entanto, comprometida a defesa do réu diante da demanda modificada, impõe-se uma limitação temporal a tal possibilidade”. TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 191.

sobre este a fim de postular eventual benefício previdenciário de pensão por morte. Seguindo a linha de raciocínio, imagine-se que tais dados não foram cedidos pela viúva e sua família.

Notório aqui que o conhecimento de fatos e a busca de determinadas fontes de prova – como cópia de CTPS, testemunhas, recibos, etc. – poderá ser suficiente ao ingresso e à concessão do pedido na via administrativa perante a autarquia previdenciária. A resistência apta a ensejar o ingresso de ação judicial, portanto, decorreria não de negativa à concessão de benefício previdenciário, mas de terceiros na (falta de) colaboração para o esclarecimento de fatos e produção de provas.

Nesse caso, no entanto, qual seria o caminho adequado ao menor – através de seu responsável ou do Ministério Público, obviamente – para ver atendido seu direito de investigação? Certamente um processo ordinário que visasse à concessão de tutela calcada na segurança da coisa julgada não seria o melhor meio, principalmente se considerada a morosidade da mesma. Ademais, tais ações requerem, em regra, a plena identificação dos fatos a serem provados, o que, por questões lógicas, inviabilizaria a ação que pretendesse não apenas provar, mas também descobrir tais fatos.

Uma vez que o direito à investigação é consectário do direito à prova, como já afirmado em tópico anterior, e tem por escopo também a formação de fontes de prova, pode-se cogitar na utilização dos procedimentos probatórios típicos no ordenamento, quais sejam, a produção antecipada de provas, a justificação, a exibição de documentos e o arrolamento. No entanto, veremos que tais ações não estão aptas a dar guarida em todas as hipóteses nas quais se precise formar ou descobrir prova sobre fatos incertos.

4.3.2.1. Justificação

Os quatro modelos de ações probatórias típicas previstas no Código de Processo Civil estão incluídas no Livro III, que cuida do processo cautelar e, mais precisamente, insertas no capítulo II, que nomeia os procedimentos cautelares específicos. Todavia, há quem questione a natureza cautelar de tais ações em vista de sua satisfatividade em determinadas hipóteses¹⁴⁷.

Esse seria o caso da justificação (artigo 861) que pode ser utilizada tanto para *justificar a existência de algum fato ou relação jurídica* quanto para *simples documento e sem*

¹⁴⁷ GUIMARÃES, Filipe. Medidas probatórias autônomas: panorama atual, experiência estrangeira e as novas possibilidades no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, n. 178, p.123-152, dez. 2009.

caráter contencioso quanto para *servir de prova em processo regular*. Assim, o fito é não apenas assegurar a prova, mas também o de constituir e documentá-la.

No entanto, tal ação possui certas limitações. A primeira delas é a da limitação à produção de prova testemunhal, conforme artigo 863¹⁴⁸, devendo ser buscado outro meio para a produção antecipada de outros tipos de prova.

A segunda, diz respeito à necessidade da exposição em petição circunstanciada da intenção do requerente (art. 861), bem como da prévia indicação dos fatos, de modo a inquirir as testemunhas sobre eles (art. 863). Assim, a justificação seria suficiente a albergar um direito de produzir a prova testemunhal mesmo que sem o requisito da urgência, mas exigiria o prévio conhecimento dos fatos a serem provados, inviabilizando a *investigação* dos mesmos.

Sobre a questão, aponta Yarshell que, embora a ideia de “*justificar*” pareça estar realmente associada ao prévio conhecimento dos fatos que se pretende registrar “essa convicção [...] deve ser entendida mais como indicativa do elemento subjetivo de quem vai a juízo, isto é, de sua ‘intenção’ de registrar determinado fato”, não podendo “se partir da premissa de que a prova colhida necessariamente referendará o que alegou ou, mesmo, o que pretendeu o requerente do pleito”. Assim, ainda que o autor da ação probatória possa saber o que se pretende justificar, “não pode saber [...] qual o resultado da prova em relação aos fatos que quer ver justificados”.¹⁴⁹

De fato, a *exposição em petição circunstanciada da intenção* prevista no artigo 861 deve ser vista com temperamento. Conforme Daniel Amorim Assumpção Neves, a intenção do requerente em produzir a prova pode ser até mesmo “o conhecimento de um fato para satisfação de ordem social, política, econômica, ou outra qualquer”, desde que haja efetiva utilidade da prova a fim de caracterizar o interesse de agir¹⁵⁰.

Essa consideração, todavia, não deve levar a justificação à amplitude de permitir a sua utilização em qualquer hipótese pretendida pela parte. Conforme o mesmo autor, a barreira à justificação avulsa residiria na inutilidade da prova a ser produzida, como nos casos de: i) produção de prova testemunhal de fato ou relação jurídica que juridicamente não podem ser

¹⁴⁸ Art. 863. A justificação consistirá na inquirição de testemunhas sobre os fatos alegados, sendo facultado ao requerente juntar documentos.

¹⁴⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da Prova Sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 425.

¹⁵⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Probatórias Autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 324 e 325.

provados por essa maneira, ii) por justificação no tocante a fatos que não dependem de prova, ou ainda iii) quando se pretende produzir prova contaminada de ilicitude.

No primeiro caso, exemplifica-se com o desrespeito à forma exigida pela legislação, como nos casos em que se exige a documentação por instrumento público. O desrespeito à forma nesses casos torna o ato simplesmente inexistente para o mundo jurídico, ainda que efetivamente tenha ocorrido no plano fático, razão pela qual sua prova será inútil. No segundo, também não encontra utilidade a ação que busca a descoberta e produção de provas sobre fatos notórios ou em cujo favor milite presunção de existência e veracidade – excetuada a hipótese de presunção relativa quando a prova visa a infirmá-los. E, por fim, logicamente não se admitiria o conhecimento de fatos ou produção de provas quando o meio utilizado seja ilícito, por expressa disposição constitucional (art. 5º, LVI).¹⁵¹

Assim, no que concerne à prova testemunhal, plenamente amparado o direito de investigação por meio da justificação se adotados tais cuidados quando da interpretação do texto legal. Deve-se, portanto, permitir a justificação para a apuração de fatos dos quais a parte autora possua tão somente indícios, desde que, teoricamente, o meio de investigação seja apto à formação de prova *útil*.

4.3.2.2. *Exibição de documentos*

Quanto à ação de exibição, sustenta-se sua natureza dúplice, a depender do interesse de agir das partes postulantes. Sendo voltada para a obtenção de documento com o fim de instruir ação futura, há natureza cautelar, requerendo-se a comprovação dos requisitos de *fumus boni iuris e periculum in mora*. Contudo, caso se busque “o puro e simples conhecimento do teor da documentação”, tratar-se-ia de tutela satisfativa, visto que a pretensão se esgotaria com o mero acesso ao documento. Ainda, em certas hipóteses poderia ser possível a satisfatividade mesmo que os documentos sejam utilizados para instruir outra demanda, desde que o interesse inicial tenha sido o de mero conhecimento do conteúdo do documento.¹⁵²

¹⁵¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Probatórias Autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 309-317.

¹⁵² GUIMARÃES, Filipe. Medidas probatórias autônomas: panorama atual, experiência estrangeira e as novas possibilidades no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, n. 178, p.123-152, dez. 2009. p. 130 e 131.

A doutrina sustenta a existência de quatro espécies de exibição de documento. A primeira, incidental ao processo, seria a exibição *como meio de prova durante a fase instrutória* (prevista nos arts. 355 a 363 do CPC). As outras três, realizadas em ações próprias, seriam a exibição *para conhecimento de dados*, a *fundada em direito material sobre a coisa ou sobre o documento* e a *cautelar de coisa ou de documento* ¹⁵³.

Interessa aqui, como parece evidente, a exibição preparatória que visa ao conhecimento de dados. De acordo com Yarshell, é na busca e apropriação de dados para melhor conhecimento de dada situação de direito material que o exercício do direito à prova com caráter autônomo se vê com maior clareza ¹⁵⁴. Para o jurista, a autonomia decorreria da amplitude dada pela lei ao permitir a exibição de coisa móvel – incluindo-se os documentos – *que o requerente “tenha interesse em conhecer”, sem qualquer vinculação com o requisito da urgência* ¹⁵⁵. Com efeito, ainda que haja certa discussão acerca da cautelaridade ou não dessa espécie de ação exhibitória, há certa uniformidade em excluir de seus requisitos o *periculum in mora* ¹⁵⁶.

Ao se desvincular a ação da urgência e permiti-la sempre que haja o interesse probatório, notória a sua aptidão para albergar o direito de investigação já tratado. Nesse sentido, ainda que se afirme que a apropriação de dados serve para o aforamento de demanda futura, não há vínculo necessário de dependência com outro processo “principal” ¹⁵⁷. Assim, poderá a prova formada servir para utilização administrativa, tentativa de acordo ou qualquer outro meio de resolução de disputas.

4.3.2.3. Arrolamento de bens

Yarshell sustenta ainda, com razão, a possibilidade de investigação por meio do *arrolamento de bens*. Em sua visão, a ação não se limitaria a proporcionar a mera documentação dos bens, mas “típica atividade de investigação e de descoberta de fatos

¹⁵³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Probatórias Autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 240-254.

¹⁵⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da Prova Sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 429 e 430.

¹⁵⁵ *Ibidem*. p. 432.

¹⁵⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. cit.* p. 357 e 358.

¹⁵⁷ MITIDIERO, Daniel; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Curso de Processo Civil**: Volume 2: Processo de Conhecimento. São Paulo: Atlas, 2012. p. 120.

relativamente aos bens que se pretende arrolar”, porquanto se buscaria “superar o estado de desconhecimento dos bens que compõem determinada universalidade”.¹⁵⁸

O processualista sustenta ainda que seria possível, no caso do arrolamento sem a efetiva apreensão dos bens, “admitir a medida não apenas nas hipóteses nas quais o autor se afirme titular dos bens a arrolar, bastando que se afigure útil e juridicamente relevante o conhecimento das informações acerca do patrimônio de determinada pessoa”. A sustentação da ideia, a nosso ver *de lege ferenda*, residiria em ser o arrolamento menos gravoso que outras medidas que, além de revelar e documentar o patrimônio de um devedor, por exemplo, também estabeleceriam a indisponibilidade dos bens.¹⁵⁹

4.3.2.4. *Produção antecipada de provas*

A produção antecipada de provas está prevista no artigo 846 e seguintes do Código de Processo Civil. Este seria o procedimento para antecipar a produção *do interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial*.

Para a utilização desta ação, no entanto, a lei impõe de forma criteriosa a *justificação sumária da necessidade da antecipação e menção precisa dos fatos sobre os quais recai a prova* (*caput* do art. 848¹⁶⁰) ou, no caso de prova pericial, “fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação” (art. 849). Assim, para a doutrina majoritária haveria duas razões que possibilitariam antecipar a produção da prova: a primeira, *diante do temor de que a prova se perca*; a segunda, *para possibilitar que o autor colha elementos necessários para o ajuizamento de outra demanda*¹⁶¹.

Note-se, contudo, que não se deve exigir a indicação do direito material que a prova visa a comprovar, sendo bastante a mera possibilidade de utilização em processo futuro.

¹⁵⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da Prova Sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.. p. 438.

¹⁵⁹ *Ibidem*. p. 438 e 439.

¹⁶⁰ Art. 848. O requerente justificará sumariamente a necessidade da antecipação e mencionará com precisão os fatos sobre que há de recair a prova.

¹⁶¹ A título exemplificativo: GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 728 e 729.

Assim, o autor nessa ação não é obrigado a propor ação principal, uma vez que o interesse na ação residiria na preservação do direito à prova.¹⁶²

Nada obstante, a ação de produção antecipada de provas vista com tais limitações não é capaz de garantir o exercício do direito de investigação em diversas hipóteses. A um, porque tem o espectro limitado à prova testemunhal ou pericial. A dois, porquanto ainda que independa da plena afirmação do direito material aplicável, necessita do prévio conhecimento dos fatos de forma suficiente a justificar a urgência na antecipação.

4.3.2.5. Ação probatória autônoma

Tem-se sustentado nos últimos anos a possibilidade de uma ação probatória autônoma desprovida de cautelaridade. Seria a ação capaz de albergar um direito autônomo à prova, porquanto desvinculada dos requisitos da urgência e da dependência com um processo “principal”.

Conforme Didier, Sarno Braga e Alexandria de Oliveira, tais ações teriam por objeto imediato “a prestação de tutela jurisdicional satisfativa, mais precisamente de certificação e efetivação de um direito à prova, enquanto situação jurídica que confere a alguém o poder de buscar e acessar a prova, constituindo-a em juízo”¹⁶³. Estes mesmos autores sustentam a possibilidade de tutela exclusivamente à prova tanto por ação própria quanto de forma incidental com base nos mecanismos típicos já existentes, sendo bastante uma “leitura crítica, à luz das tendências doutrinárias e jurisprudenciais mais recentes”¹⁶⁴. Em igual sentido Filipe Guimarães, que sustenta a possibilidade de alcance de tal tutela sem qualquer reforma legislativa, bastando dissociar a utilização de tais medidas da demonstração de *periculum in mora* e reformular a teoria das condições da ação para que o interesse processual pudesse ser

¹⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 806-808. Assevera-se, no entanto, que os autores veem tal ação como meramente assecuratória da prova, porquanto a prova somente seria produzida no curso do processo “principal”, perspectiva da qual já se discordou em capítulos anteriores, porquanto nega que a prova seja efetivamente produzida em momento anterior tendo por destinatários também as partes.

¹⁶³ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: Volume 2. 9. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 248 e 249.

¹⁶⁴ *Ibidem*. p. 251.

visto apenas com base na utilidade e benefícios do ato, afastando-se da clássica noção de lesão ¹⁶⁵.

Nessa ótica, quanto à ação de produção antecipada de provas, não se trataria de mera asseguaração da prova, mas efetiva produção, cujo conceito não se confundiria com a valoração ¹⁶⁶. A utilidade na antecipação decorreria não apenas dos casos previstos nos arts. 847 e 849, que estão ligados ao *periculum in mora*, sendo também possível quando:

i) a prova for suscetível de viabilizar tentativa de conciliação; ii) o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento da ação; ou iii) demonstrado o justo motivo, a ser aferido casuisticamente, abrangendo-se, aqui, o arrolamento de bens de finalidade meramente documental. ¹⁶⁷

A ação de antecipação da prova vista nesses moldes acabaria por englobar também o objeto das demais ações, porquanto se tornaria possível antecipar *qualquer meio de prova*, típico ou não ¹⁶⁸. Os autores exemplificam com a inutilidade da justificação, visto que a ação geral de antecipação englobaria a coleta e registro de prova testemunhal para justificar determinado fato ou relação jurídica ¹⁶⁹.

4.3.3. Conclusão do capítulo

Não parece haver qualquer controvérsia quanto à possibilidade da busca das fontes de prova diante de indícios de fatos de que se tem conhecimento (*fato novo*) ou que ocorrem após o ajuizamento de ação (*fato superveniente*). A pesquisa de fatos supervenientes resta possibilitada por expressa dicção legal, ao passo que a do fato superveniente se justifica não apenas pelo direito à prova, mas também pelo princípio da celeridade, possibilitando sua investigação no processo que tenha relação com o fato.

Todavia, quando se faz necessário o exercício do direito de investigação de forma autônoma, isto é, tomar o conhecimento de fatos e constituir fontes de prova que não

¹⁶⁵ GUIMARÃES, Filipe. Medidas probatórias autônomas: panorama atual, experiência estrangeira e as novas possibilidades no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, n. 178, p.123-152, dez. 2009. p. 143-148.

¹⁶⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.* p. 249.

¹⁶⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: Volume 2. 9. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2014. p. 256.

¹⁶⁸ *Ibidem*. p. 252-254. Os autores fazem ressalva apenas à prova documental, que estaria abrangida pela ação de exibição de documentos.

¹⁶⁹ *Ibidem*. p. 261-265.

necessariamente estarão ligadas a um processo dito “principal”, encontra-se certas restrições no ordenamento vigente. Como demonstrado, as ações probatórias previstas como “cautelares específicas” em nosso Código de Processo Civil muitas vezes impõem requisitos capazes de impedir o pleno acesso à prova pelas partes.

Como vem apontando parcela da doutrina, a alternativa a tal cerceamento do direito à prova pela via legislativa deve ser o temperamento na interpretação do texto legal e a sua compatibilização com a Constituição. Assim, desvinculando-se do requisito da urgência e da dependência com um processo principal, ações como as de justificação, exibição de documentos, arrolamento de bens e produção antecipada de provas acabam se tornando suficientes ao exercício do direito de investigação.

Nada obstante, notório que esse entendimento não vem sendo completamente adotado na prática judicial. Assim, seria bastante oportuna a reforma legislativa com base nos novos influxos doutrinários que sustentam a autonomia do direito à prova de forma a garantir ações probatórias desvinculadas do *periculum in mora* e não necessariamente preparatórias.

4.3 O PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Em 08/06/2010 foi apresentado perante o Senado Federal o Anteprojeto de Código de Processo Civil, também chamado de “Código Fux¹⁷⁰”, (PLS nº 166/2010¹⁷¹). Após algumas modificações pontuais no texto¹⁷², foi o mesmo remetido à Câmara dos Deputados para revisão em 20/12/2010¹⁷³. Na Câmara, tendo recebido a nomenclatura de PL nº 8.046/2010, após diversas alterações, aprovou-se a redação final do substitutivo¹⁷⁴, tendo-se reencaminhado ao Senado Federal em março de 2014.

Em que pese a proposição de emendas ao texto no Senado Federal, até o momento de elaboração do presente trabalho, não houve deliberação definitiva da Casa Legislativa sobre o

¹⁷⁰ O Anteprojeto de Código de Processo Civil fora elaborado pela Comissão de Juristas instuída pelo Ato da Presidência do Senado Federal nº 379, de 2009, presidida pelo Dr. Luiz Fux, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, e relatado pela Dr^a Teresa Arruda Alvim Wambier. Em razão disso, apelidou-se referida lei de “Código Fux”.

¹⁷¹ Projeto de Lei de autoria do Senador José Sarney.

¹⁷² Em 01/12/2010 foi aprovado o relatório final apresentado pelo Senador Valter Pereira, sintetizando o texto após as emendas realizadas.

¹⁷³ Nos termos do artigo 65, “caput”, da Constituição Federal: “o projeto de lei aprovado por uma Casa será revisto pela outra, em um só turno de discussão e votação, e enviado à sanção ou promulgação, se a Casa revisora o aprovar, ou arquivado, se o rejeitar”.

¹⁷⁴ Assinada pelo Relator, Deputado Paulo Teixeira.

tema. Assim, serão analisadas as possíveis alterações na legislação processual vigente com base na redação final adotada pela Câmara dos Deputados.

O possível novo CPC disciplina as provas em seu Capítulo XIII, dividindo-se em onze seções: I – disposições gerais; II – produção antecipada de provas; III – ata notarial; IV - depoimento pessoal; V - confissão; VI - exibição de documento ou coisa; VII - prova documental; VIII - documentos eletrônicos; IX - prova testemunhal; X - prova pericial, e XI - inspeção judicial. Importa aqui ressaltar as mudanças trazidas principalmente nas duas primeiras seções.

O artigo 376, o primeiro do capítulo, deixa clara a opção legislativa em tratar a prova como *direito* das partes. Eis a redação do mesmo:

Art. 376. As partes têm direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Ainda que, como já afirmado em linhas anteriores, o direito à prova seja garantido constitucionalmente, bastante oportuna a menção no corpo do diploma processual. O dispositivo vem para substituir o atual artigo 332, que centra a análise apenas na aptidão dos meios de prova *para provar a verdade* dos fatos alegados¹⁷⁵.

Assim, também no direito positivo a prova deixa de ser vista como mero ônus, passando ao status de direito subjetivo processual. Isso aponta, já de início, a preocupação do Código em considerar também, em certa medida, as partes como destinatárias da prova, ampliando a visão do instituto que, embora sirva fundamentalmente à formação da convicção do juiz, serve também aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Interessante também a redação do parágrafo único do artigo 387, que autoriza o juiz a aplicar *multa* ou ainda *outras medidas coercitivas ou sub-rogatórias* para o caso de descumprimento por terceiro do dever de *informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento* (inciso I do atual artigo 341 e do artigo 387 do NCPC) e de *exibir coisa ou documento que esteja em seu poder* (inciso II). A permissão acompanha também a seção própria da exibição de documentos, sedimentando entendimento contrário ao firmado pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula 372¹⁷⁶.

¹⁷⁵ Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

¹⁷⁶ S. 372/STJ. Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória.

Tais alterações nas disposições gerais reforçam a ideia de um direito à prova oponível inclusive a terceiros que não fazem parte da lide. Nada obstante, as alterações mais significativas ao objeto do presente trabalho estão compreendidas na Seção II que, ao disciplinar a produção antecipada da prova, permite a guarida legislativa de um efetivo *direito autônomo à prova*, suprimindo em grande parte as falhas legislativas vigentes apontadas no em tópico anterior. Diante da profunda reforma, faz-se impositiva a transcrição integral dos três artigos que compõem a Seção:

Art. 388. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:

I – haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

II – a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar tentativa de conciliação ou de outro meio adequado de solução do conflito;

III – o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

§ 1º O arrolamento de bens observará o disposto nesta seção quando tiver por finalidade apenas a realização de documentação e não a prática de atos de apreensão.

§ 2º A produção antecipada da prova é da competência do juízo do foro onde esta deva ser produzida ou do foro de domicílio do réu.

§ 3º A produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta.

§ 4º O juiz estadual tem competência para produção antecipada de prova requerida em face da União, entidade autárquica ou empresa pública federal se, na localidade, não houver vara federal.

§ 5º Aplica-se o disposto nesta Seção àquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica, para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção.

Art. 389. Na petição, o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair.

§ 1º O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se inexistente caráter contencioso.

§ 2º O juiz não se pronunciará acerca da ocorrência ou da inoocorrência do fato, bem como sobre as respectivas consequências jurídicas.

§ 3º Os interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionadas ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora.

§ 4º Neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra a decisão que indeferir, total ou parcialmente, a produção da prova pleiteada pelo requerente originário.

Art. 390. Os autos permanecerão em cartório durante um mês, para extração de cópias e certidões pelos interessados.

Parágrafo único. Findo o prazo, os autos serão entregues ao promovente da medida.

Não há como se igualar a produção antecipada de provas prevista no novo código à ação de produção antecipada de provas prevista na legislação atual. O instituto agora remodelado atende aos anseios de parcela da doutrina que propugnava a possibilidade de uma

ação probatória autônoma, capaz de permitir a produção de qualquer prova e desvinculada do requisito da urgência ou mesmo da dependência com um processo principal.

O primeiro traço marcante na modificação operada diz respeito às espécies de provas que podem ser antecipadas. No Código de Processo Civil vigente, o artigo 846 estabelece que as provas passíveis de antecipação são apenas o *interrogatório da parte*, a *inquirição de testemunhas* e o *exame pericial* ¹⁷⁷.

Na nova redação, no entanto, o § 3º do art. 389 estabelece a possibilidade da *produção de qualquer prova*. Note-se ainda que a leitura deste parágrafo permite constatar que a ação passa a ser útil para a produção de todas as provas almejadas pela parte *no mesmo procedimento, desde que relacionadas ao mesmo fato* e excetuada a hipótese na qual *produção conjunta acarretar excessiva demora*.

Cria-se, assim, uma ação geral de antecipação da prova. Diante disso, outros procedimentos cautelares específicos constantes do Código anterior foram concentrados nesse único instituto, prevendo os §§ 1º e 5º do artigo 388, respectivamente, *o arrolamento de bens com finalidade de documentação* e *a justificação*.

Nada obstante, sob o prisma do direito de investigação já afirmado, a crucial alteração decorre da ampliação das hipóteses que justificariam a antecipação da produção probatória. Como já visto, ainda que setores da doutrina sustentem, sob a égide do código vigente, a possibilidade de antecipação sem o requisito da urgência, é patente que este não é o espírito da lei ou mesmo do entendimento do Superior Tribunal de Justiça ¹⁷⁸. Os incisos I e II do artigo 847 em vigor ¹⁷⁹ estabelecem hipóteses de urgência para a antecipação do interrogatório e da inquirição de testemunhas, ao passo que o artigo 849 ¹⁸⁰ deixa clara a necessidade de

¹⁷⁷ Art. 846. A produção antecipada da prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial.

¹⁷⁸ Nesse sentido: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. TRIBUTÁRIO. MEDIDA CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. INEXISTÊNCIA DE PERICULUM IN MORA. REEXAME DE MATÉRIA DE FATO E DE PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. 1. Com base no conjunto fático-probatório dos autos, o Tribunal de origem entendeu que não restou demonstrado in casu o periculum in mora a justificar a necessidade da produção antecipada da prova pericial. Nesse contexto, a análise da conveniência e da utilidade da produção antecipada da prova pericial, pressupõe, necessariamente, a reapreciação de matéria fática, o que é vedado nesta instância especial, conforme enuncia a Súmula n. 7/STJ. 2. Agravo regimental não provido. (BRASIL. Superior Tribuna de Justiça. Segunda Turma. AgRg no AREsp 106.407/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 13/03/2012, DJe 19/03/2012).

¹⁷⁹ Art. 847. Far-se-á o interrogatório da parte ou a inquirição das testemunhas antes da propositura da ação, ou na pendência desta, mas antes da audiência de instrução:

I – se tiver de ausentar-se;

II – se, por motivo de idade ou moléstia grave, houver justo receio de que ao tempo da prova já não exista, ou esteja impossibilitada de depor.

¹⁸⁰ Art. 849. Havendo fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação, é admissível o exame pericial.

fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação para a antecipação do exame pericial.

O novo código sedimenta a questão, estabelecendo a possibilidade de produção antecipada da prova mesmo sem o requisito da urgência em duas hipóteses diferentes. A primeira, constante do inciso II do artigo 388, possibilita a produção quando a prova a ser produzida possa “*viabilizar tentativa de conciliação ou de outro meio adequado de solução do conflito*”. A segunda, no inciso III do mesmo dispositivo amplia para qualquer hipótese em que “*o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação*”.

Diante da amplitude das hipóteses de cabimento, verificar-se-á que a prova pode ser produzida sempre que haja alguma utilidade jurídica para a parte, ainda que não seja destinada a processo judicial, como nos casos em que serve à tentativa de conciliação ou de outro meio de solução de conflitos. Assim, vê-se a aptidão da possível remodelação da antecipação da prova como um meio suficiente ao exercício do direito de investigação pela via processual.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho tinha por objetivo verificar a possibilidade de um direito à prova que albergasse o direito de investigar determinados fatos e constituir fontes de prova ainda que desvinculado de uma demanda judicial na qual se busque determinada consequência jurídica vinculada a tais fatos. Isto é, a existência de um *direito de investigação*.

Buscou-se demonstrar que a atividade, seja reconhecida ou não como direito, já é realizada pelas partes antes ou mesmo durante um determinado processo, não podendo se falar que a investigação se trata exclusivamente de poder-dever outorgado às autoridades. Ainda, que em determinados casos é possível o seu exercício também através de um dado processo judicial exclusivamente com este fim, tal como ocorre em determinadas ações probatórias quando não se faz necessário o requisito da urgência do fato a ser provado.

Antes da demanda é patente que as partes buscam juntar o maior número de provas e informações possível de forma a garantir o sucesso do pleito, bem como evitar eventual preclusão para a matéria eventualmente não abordada na inicial. Nada obstante, pode haver atividade investigativa ao longo do processo para descoberta de fatos até então inexistentes ou ignorados, uma vez que a existência de indícios de um fato novo ou de um fato superveniente permite a realização de atos de instrução tendentes a esclarecê-los.

Ademais, buscou-se deixar claro que, em certa medida, também há investigação no curso do processo mesmo quanto aos fatos já alegados pelas partes. Isso porque toda a atividade probatória realizada deve ser vista como elemento argumentativo destinado à construção de uma verdade válida para todos os participantes do processo.

Como exposto nos capítulos iniciais, deve haver o abandono da visão puramente lógico formal de que o juiz é capaz, através de um procedimento deducional individual, de constatar a veracidade dos fatos alegados pelas partes. O processo colaborativo não mais o permite. Neste, a verdade deve ser vista como elemento teleológico justificador da atividade estatal, mas ao lado do contraditório. Assim, essa “verdade”, porquanto inalcançável, deve ser vista mais como vinculada à ideia de probabilidade e de adesão de todos os participantes.

Destarte, também as partes podem ser consideradas destinatárias da prova, uma vez que seus prognósticos e expectativas vão se modificando até o fim do processo em decorrência da instrução realizada. A decisão judicial, assim como toda a atividade estatal, também sofre uma permuta, passando a ser legitimada não apenas pela ideia de certeza jurídica, mas também pelas noções de consenso e legitimidade.

Essa guinada do elemento justificador da atividade judicial, que deixa de ser centrada na jurisdição e na atividade discricionária do juiz para se concentrar na participação e na colaboração, acaba fundamentando um efetivo direito fundamental à prova no Estado Democrático de Direito. Devendo tal direito ser entendido tanto como expressão do princípio do contraditório, como própria manifestação da ação e da defesa.

O direito à prova, destarte, deve ser bastante amplo, englobando não apenas a possibilidade de comprovar em juízo, mas também de obter ou formar a prova. Dessa forma, abrange o direito de provar, mas não somente este, uma vez que o efetivo acesso à justiça, de modo que as partes possam apresentar com eficiência suas alegações, acaba demandando a visão do direito de ação como passível de compreender também apenas a prerrogativa de postular um ato estatal que se esgote com a produção da prova, desvinculada da declaração de um fato e da consequência jurídica daí resultante.

A investigação, portanto, quando realizada para a apuração de possível direito violado, ou em vias de sê-lo, torna-se direito consectário do direito à prova. Nasce, destarte, a partir de fatos indiciários e garante ao seu titular a prerrogativa de apurar o fato principal.

Tal prerrogativa, por outro lado, pode permitir a utilização de diversos meios de investigação, sendo estes independentes entre si, inclusive no que tange à licitude. Igualmente, há certa independência entre a conformidade ao ordenamento da prova e da investigação, uma vez que aquela pode ser inadmissível em um dado processo diante da clandestinidade e a investigação para obtê-la ser lícita. Da mesma forma, a investigação parcialmente lícita, quando há meios lícitos e outros ilícitos, pode gerar prova admissível, desde que obtida por um dos meios lícitos.

Podem ocorrer ainda de referido direito ser obstado e se fazer necessária a intervenção do Judiciário. Isso pode ocorrer quando do confronto do direito fundamental à prova com outro, como o à intimidade, ao sigilo, à propriedade, etc. Igualmente pode ocorrer mesmo quando não há pretensão resistida da parte contrária ou de terceiros, como nos casos em que falta ao investigador recursos materiais ou intelectuais para a produção da prova.

Nesses casos, far-se-á necessária uma ação que garanta apenas a providência de instrução necessária a partir de uma análise dos fatos indiciários trazidos pela parte. A partir de tais indícios é possível verificar o nível de intervenção na esfera jurídica de terceiros, a necessidade da atuação estatal e da adequação do provimento postulado.

Quando da análise de nosso ordenamento, verificou-se que tão somente certas hipóteses de investigação poderiam se dar por uma ação própria destinada exclusivamente a

esse fim. A produção antecipada de provas, nesse sentido, limita-se à prova testemunhal ou pericial e exige o prévio conhecimento dos fatos de forma a justificar a urgência no pedido.

Resta a justificação, a exibição de documentos e o arrolamento de bens. A primeira serve apenas à prova testemunhal e ainda que possa ser utilizada independentemente de um processo “principal” acaba requisitando, conforme a exegese do código, uma indicação precisa dos fatos. A segunda e a terceira, por outro lado, acabam se vinculando à titularidade ou à relação jurídica diretamente incidente sobre determinado documento ou bem.

Nem por isso, todavia, há de ser abandonada a parte que busca o amparo do judiciário para ver atendido seu direito de investigar e formar a prova. Conforme a melhor doutrina deve haver temperamento na interpretação da lei e compatibilização desta com a Constituição, desvinculando-se a produção antecipada da prova dos requisitos da urgência e da exata afirmação dos fatos, além de ampliá-la para a produção de qualquer meio de prova.

Sob esse prisma garantidor do direito à prova o possível novo Código de Processo Civil parece amparar o direito de investigação quando se faz necessária a intervenção judicial. Ao tratar a prova como efetivo direito das partes, e não como mero ônus, possibilita a produção antecipada de qualquer meio em praticamente qualquer hipótese que haja utilidade do provimento ao postulante, mesmo quando destinada à utilização extrajudicial.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribuna de Justiça. Segunda Turma. AgRg no AREsp 106.407/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 13/03/2012, DJe 19/03/2012.

BRASIL. Superior Tribuna de Justiça. Primeira Turma. AgRg no AREsp 485.540/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, julgado em 12/08/2014, DJe 15/08/2014.

BRASIL. Superior Tribuna de Justiça. Terceira Turma. AgRg no AREsp 527.731/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, julgado em 19/08/2014, DJe 04/09/2014.

BRASIL. Superior Tribuna de Justiça. Terceira Turma. AgRg no REsp 1368476/RS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 10/06/2014, DJe 17/06/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, RE 201819, Rel. Ministra ELLEN Gracie, Relator para Acórdão: Ministro Gilmar Mendes, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821.

Enciclopedia Del Diritto. XXII: Intere-Istig. [S.I.]. Giuffrè Editore, 1972.

HOUAISS, Antonio. Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa. [S.I.]: Objetiva, 2009. CD-ROM.

BIBLIOGRAFIA

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel.; **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo Civil e Parte Geral do Direito Processual Civil**. V. 1. São Paulo: Atlas, 2010.
- _____. **Do Formalismo no Processo Civil**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ARENHART, Sérgio Cruz. A verdade e a prova no processo civil. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal**, año 5, v. 7, p. 71-109, 2005. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart\(2\)%20-20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/S%C3%A9rgio%20Cruz%20Arenhart(2)%20-20formatado.pdf)>. Acesso em: 02.09.2014.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil: Procedimento Comum: Ordinário e Sumário**. Volume 2: Tomo I. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, Volume 1. 21. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CAMBI, Eduardo. Verdade Processual Objetivável e Limites da Razão Jurídica Iluminista. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 96, out/1999.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. 1. Tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.
- COSTA, Eduardo Cunha da. Prova Argumentativa ou Prova Demonstrativa: Uma Questão de Ordem. **Revista da Procuradoria-geral de Justiça/RS**, Porto Alegre, v. 31, n. 65, p.86-100, jan./jun. 2007.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Tradução de Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. **Revista de Processo**, v. 218, 2013.
- _____.; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: Volume 2**. 9. Ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.
- ECHANDIA, Hernando Devis. **Teoria General de La Prueba Judicial**. Tomo I. Editor Victor P. de Zavalía. Buenos Aires, 1981.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. Padova: CEDAM, 1975.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FLACH, Daisson. **A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GIANNICO, Maricé. **A Prova no Código Civil: Natureza Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro: V. 2**. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUIMARÃES, Filipe. Medidas probatórias autônomas: panorama atual, experiência estrangeira e as novas possibilidades no direito brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 34, n. 178, p.123-152, dez. 2009.

JUNOY, Joan Picó i. **El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil**. Barcelona, Bosch, 1996.

KNIJNIK, Danilo. Os *standards* do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle. **Revista Forense**. V. 353, p. 15-52, Jan-Fev/2001.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume 2. Tocantins: Intelectus Editora, 2003.

LOPES, João Batista. **A Prova no Direito Processual Civil**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____.; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Teoria Geral do Processo**. 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Tutela inibitória: individual e coletiva**. 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido Processo Legal e Proteção de Direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

MICHELE, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. A Prova. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil: Atividade Probatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MITIDIERO, Daniel. A lógica da prova no ordo judiciarius medieval e no processus assimétrico moderno: uma aproximação. In: Danilo Knijnik (coord.); CARPES, Arthur Thompsen et al. **Prova Judiciária: Estudos sobre o novo Direito Probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Cap. 4. p. 69-92.

_____. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____.; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Curso de Processo Civil: Volume 2: Processo de Conhecimento**. São Paulo: Atlas, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Probatórias Autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008.

PASTORE, Baldissare. **Giudizio, Prova, Ragione Pratica**. Milano: Giuffrè Editore, 1996.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica: Nova Retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. **Comentários ao Código de Processo Civil: Tomo IV: arts. 282 a 443**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RAMOS, Vitor de Paula. Direito Fundamental à Prova. **Revista de Processo**, v. 224, 2013.

REBOUL, Olivier. **Introdução à Retórica**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REICHELDT, Luis Alberto. **A Prova no Direito Processual Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ROSITO, Francisco. **Direito Probatório: As Máximas de Experiência em Juízo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SANTOS, Moacir Amaral. **Prova Judiciária no Cível e Comercial**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

SATTA, Salvatore. **Direito Processual Civil**. 7 Ed. Tradução de Luiz Autuori. Editor Borsoi. Pádua, 1973.

SCARPARO, Eduardo. **Contribuição ao estudo das relações entre Processo Civil e Cultura**. *Ajuris*, v. 107, p. 111-122, Porto Alegre, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. Versão Eletrônica.

TAVARES, Fernando Horta; CUNHA, Maurício Ferreira. O Direito Fundamental à Prova e a Legitimidade dos Provimentos Sob a Perspectiva do Direito Democrático. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**: Atividade Probatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. Tradução de A.M. Botelho Hespanha. 2. Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da Prova Sem o Requisito da Urgência e Direito Autônomo à Prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O Problema da Verdade No Processo Civil: Modelos de Prova e de Procedimento Probatório. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**: Atividade Probatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 171-212.