

TÓPICOS SOBRE A COLABORAÇÃO COM A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA.

Eduardo Kochenborger Scarparo ¹

*Advogado em Porto Alegre
Professor de Direito Processual Civil – UFRGS.
Mestrando em Direito Processual Civil – UFRGS.*

Sumário. 1. *Identificação histórica das ideologias probatórias no Direito Continental.* 2. *Cooperação entre partes e juiz no direito probatório.* 3. *Distribuição de tarefas probatórias no direito brasileiro.* 4. *Os deveres de verdade.* 5. *A escusa de não-incriminação.* 6. *O Discovery Process.* 7. *A Exibição de Documentos no processo civil brasileiro.* 8. *Considerações finais.*

Processo e cultura detêm inúmeros pontos de contato. Sintomaticamente, organiza-se a ciência processual em favor de valores de uma ordem política hegemônica em determinada situação histórica. Os limites e poderes dos sujeitos que integram a relação processual são, assim como outros temas do direito processual, moldados direta ou indiretamente pelos ideários em movimento nas sociedades humanas.

Atados indissociavelmente à repartição de tarefas na produção probatória estão os pensamentos humanos sobre a possibilidade de conhecer a verdade e sobre os poderes e deveres existentes em uma comunidade. A matéria probatória reflete as concepções sobre o alcance de certezas possíveis, através dos meios de busca da confirmação dos argumentos fáticos lançados e controversos pelas partes, bem como propõe a distribuição de tarefas direcionadas a dar crédito a esse arranjo.

Não se pode construir um pensamento jurídico, ainda mais no campo da prova, sem uma perquirição, ainda que sumária, acerca da origem de dogmas que cercam os institutos do direito processual probatório. Também é indispensável ter consciência de que

¹ Contato com o autor: eduardo@scarparo.adv.br; <http://www.scarparo.adv.br>

qualquer lógica de argumentação está historicamente situada.

1. IDENTIFICAÇÃO HISTÓRICA DAS IDEOLOGIAS PROBATÓRIAS NO DIREITO CONTINENTAL.

Em Roma, o processo civil era ramo de direito privado, concepção que perdurou até meados do século XIX². Em todas as suas fases, esteve atado ao direito privado, tanto que, no que concerne especificamente, aos deveres de participação da prova, erigiu-se o brocardo *nemo tenetur edere contra se*, que até hoje reflete importâncias conseqüências nos tribunais.

No que pertine o dever de dizer a verdade, se pode identificar já em Roma institutos com finalidades de evitar o acionamento temerário e a mentira no direito processual, como o *sacramentum*, *as sponsiones*, o *iudicium calumniae* e o *iusiurandum calumniae*³. Na perspectiva ideológica, organizadora da compreensão dos deveres e poderes dos sujeitos do processo, faz-se clara a prevalência do princípio dispositivo e da iniciativa das partes para a demanda.

Nas *legis actiones*, cuja principal característica está na organização formalista e mística do processo, o juiz era afastado da produção da prova. Já no *processo formulário*, houve gradativamente a atribuição de maiores poderes ao magistrado romano, mas sem que em qualquer momento fosse afastada a prevalência da vontade particular sobre a relação formada. Havia notável desinteresse de Roma na relação de fato, tanto que o *iudex* não era integrante do aparato estatal, mas cidadão atuante como instrumento particular dos litigantes⁴.

No período da *cognitio*, com o desaparecimento das dicotomias de etapas e com a concentração das atividades judiciárias nas mãos do imperador, iniciou-se, ainda que timidamente, o afastamento do caráter privado do processo romano. Aumentou-se o poder do juiz, restringindo-se as decisões particulares sobre os trâmites processuais. Conseqüentemente, enfraqueceu-se a livre opção das provas produzidas pelas partes e o livre convencimento do magistrado, fundando-se os esboços para a futura *teoria da prova legal*.⁵

² NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 35.

³ SOBRINHO, Elicio de Cresci. *Dever de veracidade das partes no novo código de Processo Civil*. São Paulo: Livraria Jurídica Vallenich, 1975, p. 11-24.

⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no Processo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 20-21.

⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no Processo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 16-24.

O procedimento bárbaro caracterizou-se por um grande formalismo ⁶ sustentado pelo sentimento religioso. Tinha-se a prevalência de provas orais e juramentos de purificação, que “*tomava a divindade como testemunha da sua não culpa*” ⁷. O juramento foi usado como forma de dar crédito às alegações, já que, funcionava como uma efetiva garantia contra a mentira. E isso apenas era viável face aos laços místicos que se faziam presentes naquelas comunidades.

Mais uma vez, o processo estava muito vinculado aos desejos das partes. De outra forma tampouco poderia ser, pela estrutura das relações feudais e pela ausência de um Estado forte e soberano a reger as relações privadas ⁸. Note-se que a Idade Média caracterizou-se pela alta fragmentação do poder político em feudos e que a inexistência dos Estados Nacionais reforçou a característica de serem as atividades jurídicas eminentemente particulares.

Já o processo romano-canônico limitou a liberdade do juízo de observação, instituindo o sistema de provas legais, modelo apriorístico e formal de valorar os meios probatórios ⁹. A valoração das provas era estabelecida em lei de modo abstrato e matemático. A prova de juramento da verdade manteve-se e foi recebida no processo cameral, por meio do processo romano-canônico ¹⁰.

O quadro de estruturação das interferências públicas e privadas no direito como um todo somente mudou com a incursão do Estado Moderno e com a elaboração das leis por monopólio do soberano ¹¹. Toda a sociedade reestruturou-se, exigindo o mesmo ajuste às ciências. A mudança epistemológica dos séculos XVI e XVII, quando se ponderou o mundo como máquina ao revés de organismo orgânico ¹², foi determinante na reestruturação da organização processual.

Nos alvares do século XVIII, essas transições de pensamento evoluíram e dotaram ao direito a característica de racional. O direito era natural e prévio, cuja descoberta

⁶ CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *História da Organização Judiciária e do Processo Civil. Tomo I*. Rio de Janeiro – São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1970, p. 162.

⁷ SOBRINHO, Elicio de Cresci. *Dever de veracidade das partes no novo código de Processo Civil*. São Paulo: Livraria Jurídica Vallenich, 1975, p. 27.

⁸ SILVA, Carlos Augusto. *O processo civil como estratégia de poder: Reflexo da judicialização da política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 20.

⁹ *Id ibidem*, p. 157.

¹⁰ SOBRINHO, Elicio de Cresci. *Dever de veracidade das partes no novo código de Processo Civil*. São Paulo: Livraria Jurídica Vallenich, 1975, p. 42.

¹¹ SILVA, Carlos Augusto. *O processo civil como estratégia de poder: Reflexo da judicialização da política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 30.

¹² CAPRA, Fridjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 1996, p. 34.

humana dar-se-ia sob o império das *leis da razão* ¹³. Cappelletti apontou que a passagem para o sistema de ponderação da prova deveu-se às influências da Revolução Francesa, de Francis Bacon e Galileu Galilei, notadamente pela aplicação de método indutivo-experimental. Racionalizou-se cientificamente o estudo dos fatos.

Acreditava-se na verdade como única, objetiva e passível de conhecimento pela metodologia científica. Porém, a obsessão pela sua busca, somada à ideologia do liberalismo clássico, estimulou a burocracia e fomentou formalismos em exagero ¹⁴, como o de exigir prova de certeza dos que aduzem os fatos ¹⁵, consubstanciando compreensões radicais sobre os ônus das partes.

Apesar da mudança epistemológica, o modelo processual privado foi mantido. Tanto que no século XVII, em qualquer parte do mundo, não se examinava o processo como instituição separada da ação, da citação e da defesa, institutos considerados integrantes do Direito Civil. ¹⁶ Logicamente, a distribuição de poderes e deveres das partes e do juiz em relação à produção probatória buscava alicerces no direito privado. E nesse ponto está o eixo principal do debate que se propõe.

Nessa linha racional-individualista, o princípio do dispositivo interagia com o contexto de alcance das verdades constatáveis, para em determinadas situações dar fim à busca, usando-se de ônus probatórios e de preclusões. A prova era, então, “*suprida*” pela omissão da parte em realizá-la ou pela perda da oportunidade processual, podendo incidir também presunções, como é patente no caso da revelia. Engendraram-se técnicas de julgamento amparadas no dogma do interesse privado, para evitar o *non liquet* e, conseqüentemente, a manutenção da desavença.

Essas fórmulas para tornar possíveis julgamentos vinculavam a apuração dos fatos e das oportunidades processuais pela realização ou omissão de atos da parte. Aos interessados incumbiria promover a prova de seu direito, sob pena de ver uma decisão contra seu desiderato. O Estado, em supervalorização do princípio do dispositivo em matéria probatória, para julgar os fatos, atentava exclusivamente ao que os litigantes houvessem trazido aos autos, uma vez que qualquer interferência na colhida probatória era vista como uma mácula à neutralidade.

¹³ PASSOS, J. J. Calmon de. *Instrumentalidade do processo e devido processo legal*. Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3062>>. Acesso em: 27 jul. 2005.

¹⁴ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 22-23.

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 289.

¹⁶ TUCCI, José Rogério Cuz e. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 75-76.

Passou a ser uma estratégia muito interessante usar-se da potencial inaptidão do adversário a produzir a prova de seu direito, para obter um julgamento favorável. Afinal, os valores tutelados na sociedade de então eram voltados ao indivíduo, considerado isoladamente, pelo que não incumbia ao Poder Público agir ou exigir do particular algum comportamento que ofendesse suas vontades e interesses. A isenção estatal sobre a atividade jurisdicional deixava unicamente aos particulares a construção da instrução processual.

Contrariando essa ideologia, na Áustria, Franz Klein pretendeu dar ao juiz maior controle sobre o processo, outorgando-lhe poderes de investigação dos fatos da causa. As idéias do Código Austríaco pretendiam estimulá-lo a buscar a verdade, atuando ativamente. Ainda, consagrou Franz Klein o *Wahrheitspflicht* (*dever da verdade*) na lei processual austríaca, influenciado o direito alemão¹⁷.

Muito embora seja comum o anúncio como novidade, no particular, a pregação de maior ativismo do magistrado na tarefa probatória data do século XIX e, no Brasil, encontrou fixação já no Código de Processo Civil de 1939¹⁸. A atividade do magistrado na produção probatória é enfoque consolidado na cultura jurídica brasileira desde então. Tanto o é que é fácil estabelecer uma correspondência entre o art. 130¹⁹ do vigente Código de Processo Civil e o art. 117²⁰ do Código de 1939.

Em síntese: “o órgão judicial deixou de ser simples espectador da disputa travada entre as partes”, o que importa sua obrigação de examinar de ofício as provas que entender necessárias²¹. Bedaque, por sua vez, ressaltou que a participação do juiz contribui à igualdade dos litigantes, razão pela qual a regra do art. 130 do CPC deve ser interpretada da forma mais ampla possível²².

Não se sustenta hoje haver mácula à neutralidade do órgão julgador o poder de determinação de ofício, desde que os motivos que determinam o seu proceder sejam lícitos e atados à *finalidade de melhor instrução do processo*. Isso apenas é possível face ao

¹⁷ SOBRINHO, Elicio de Cresci. *Dever de veracidade das partes no novo código de Processo Civil*. São Paulo: Livraria Jurídica Vallenich, 1975, p. 50.

¹⁸ Veja-se a exposição de motivos do CPC de 1939, referindo expressamente: “A direção do processo deve caber ao juiz; a este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade”.

¹⁹ **CPC 1973. Art. 130.** *Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.*

²⁰ **CPC 1939. Art. 117.** *A requerimento, ou ex officio, o juiz poderá, em despacho motivado ordenar as diligências necessárias à instrução do processo e indeferir as inúteis em relação a seu objeto, ou requeridas com propósitos manifestamente protelatórios.*

²¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 118-119.

²² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 159.

reconhecimento do caráter público do processo e, conseqüentemente, da instrução.

Apesar de o direito processual ter caminhado ao reconhecimento do *caráter público da instrução*, atribuindo ao magistrado o condão de ser ativo, os deveres das partes de produção probatória na história processual não se afastaram dos ideários liberais do processo individualista. Então, ao tratar da atividade do juiz, a produção da prova encaixa-se como matéria de interesse público, mas quanto aos deveres dos particulares, o mesmo tema passa ao campo da discricionariedade privada, denotando uma inquestionável incoerência. As compreensões dos deveres de verdade bem demonstram essa assertiva. A atividade particular instrutória é até então balizada exclusivamente pelo interesse privado da parte, sem que deveres de produção de prova, com substrato no interesse público da melhor instrução do processo, sejam enunciados ou exigidos.

Por certo que a força e a abrangência que se pode dar ao conceito de interesse público pressupõe certo cuidado. Em um Estado Democrático de Direito não existe *a priori* uma prevalência do interesse público sobre o privado. Existe, inclusive, um interesse público de preservação de interesses privados, que se pode denominar de *dimensão objetiva dos direitos fundamentais*.

Para os objetivos deste ensaio, basta o alerta de que ao fundo da discussão sobre a extensão dos deveres de colaboração com a prova está um embate entre o interesse público e o interesse privado. Esse conflito não pode ser resolvido com a afirmação peremptória de supremacia daquele sobre este, salvo em um estado declaradamente fascista, nem deste sobre aquele, ignorando-se os pressupostos da democracia.

2. COOPERAÇÃO ENTRE PARTES E JUIZ NA PRODUÇÃO PROBATÓRIA.

A primeira grande experiência de publicização da instrução foi conhecida pela reforma prussiana no final do século XVIII, de Frederico II. As suas ordenanças processuais de 1793 e 1795 atribuíram ao juiz o dever “*de se assegurar das verdadeiras condições dos fatos da causa*”²³ passando a ter o magistrado faculdade de agir de ofício.

Na seqüência, emergiu a proposta de Bellot. Representada pela *Loi de*

²³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 37.

Procédure Civile do cantão de Genebra (1819), que também tendeu a retirar o juiz da posição passiva de observador das escolhas particulares dos procedimentos e dos meios de prova para a busca da verdade material e investigação ²⁴.

A reforma, todavia, mais conhecida e cuja importância sobressai foi trazida por Franz Klein, ao fim do século XIX. O austríaco estava preocupado em dar maior celeridade à resolução das desavenças, pois considerava o litígio como autêntico *mal social*. As técnicas processuais de Klein eram engajadas por ideais de oralidade, imediação, publicidade e livre valoração da prova. Essa doutrina também constatou a freqüente desigualdade material entre as partes em função da condição vantajosa de habilidade pessoal ou de melhor assessoria jurídica.

A ordenança processual civil austríaca de 1895 estava pautada em dois pilares essenciais: a oralidade e a imediação. Quanto à oralidade, não repetia os exageros do Código de Procedimento Civil de Hanover de 1850 e da Ordenança Processual Civil Alemã de 1877 ²⁵, mas vinculava o exercício dos atos orais em prol da utilidade do processo. A imediação operava um vínculo indissociável entre o juiz e a prova, também como forma de aproximação entre magistrados e partes. Com efeito, adotou-se a concentração dos atos em audiência, resultado lógico para um sistema ancorado na oralidade e na imediação.

Ponto de destaque no sistema de Klein é a efetiva aproximação entre o magistrado e as partes, o que abre espaços para o desenvolvimento de cooperação. Se, por um lado, o interesse particular motiva a perquirição direcionada e funciona como catalisador da investigação da relação jurídica ²⁶, por outro, o impulso oficial socialmente consciente tende a atenuar a margem de operação da desigualdade política e econômica, além impedir o travamento do feito por acomodação ou inércia das partes.

A constatação de que o processo é uma atividade de interesse público não significa que o magistrado possui sobre ele poderes absolutos, até mesmo porque o juiz não é seu senhor exclusivo. Uma vez que o processo civil busca o papel de equilíbrio democrático no exercício dos poderes jurisdicionais, impõe-se o reconhecimento de interesses privados e públicos no seu desenrolar, muito em função de sua íntima coligação com os ditames constitucionais, que albergam ambos.

²⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 47-48.

²⁵ Essa legislação determinava que toda a produção probatória fosse realizada em audiência. Não aceitava a prova por documentos, ao menos que fosse lida em audiência, o que caracteriza a oralidade revestida de formalidades excessivas.

²⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo*. Revista da Ajuris, Porto Alegre, n. 90, p. 54-84, jun. 2003, p. 56.

A condução do feito deve se dar de modo conjunto entre magistrado e tutelados, interagindo de forma contínua, a fim de dar melhor efetividade ao interesse público no processo civil, bem como possibilitar o exercício ou resguardo de direitos e interesses privados. Esse diálogo mostra-se essencial e deflui do princípio do contraditório, que em um sistema de direitos fundamentais é constitutivo²⁷ e engaja-se com a noção de democracia participativa. Não significa apenas a oportunidade de dizer ao juiz, mas na existência de constante troca entre parte e magistrado. Melhor dizendo, o contraditório bem aplicado outorga aos sujeitos papel ativo e dialógico na relação com o exercício do poder jurisdicional. Principalmente, o resultado da jurisdição requer a participação em diálogo dos interessados.

Mas o diálogo assim como a cooperação não deve se estabelecer apenas entre parte e juiz, mas também entre os próprios litigantes. A cooperação entre todos os sujeitos do processo para a discussão do direito e a realização das provas atende aos propósitos democráticos e à finalidade pública do processo. A cooperação entre partes, com vistas à tutelar o interesse particular juridicamente amparado, parece ser uma exigência da ordem constitucional brasileira.

Nessa linha, questiona-se se não terão os particulares deveres de cooperar na produção probatória em prestígio ao contraditório cooperativo, à preservação desse interesse público de justiça e aos direitos privados da contraparte? Afinal, qual a extensão do dever de verdade? Até que ponto o interesse público sobrepõe o interesse privado no processo civil e até onde pode aquele condicionar os atos particulares?

3. DISTRIBUIÇÃO DE TAREFAS PROBATÓRIAS NO DIREITO BRASILEIRO.

A distribuição de tarefas de prova no direito brasileiro mostra-se na função subjetiva dos ônus probatórios. Objetivamente, os ônus probatórios são regras de julgamento que possibilitam ao magistrado julgar a causa, ainda que inexistam provas suficientes a justificar a tomada de decisão. Na faceta subjetiva, que para o presente estudo merece especial consideração, os ônus probatórios impulsionam as partes a produzir determinada prova, já que a sua falta acarreta em julgamento desfavorável ao inerte.

²⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *A Garantia do Contraditório*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. v. 15, p 7-20, 1998

O Código de Processo Civil brasileiro adotou como regra geral a lição de Chiovenda e reparte os ônus de prova entre as partes, deixando à sua iniciativa a demonstração dos fatos ou do direito ²⁸ que almejem sejam considerados pelo juiz como verdadeiros. ²⁹ . Não é em outro sentido que impende ao autor provar os fatos constitutivos e ao réu os fatos impeditivos, modificativos e extintivos ³⁰ .

Em linhas gerais, percebe-se que o único estímulo à atividade de produção da prova pelas partes está na faceta subjetiva dos ônus probatórios; no temor de ver julgamento contra seus interesses. Significa dizer que a cooperação na instrução brasileira remete ao interesse privado de que certa prova esteja presente nos autos. Em outras palavras, a iniciativa probatória particular não detém no atual sistema probatório brasileiro nenhum elo com o interesse público de boa instrução processual: é dirigida e orientada exclusivamente pelo interesse privado.

“Se cada litigante pode contar para seu êxito somente com sua própria capacidade de fazer valer os elementos e argumentos favoráveis, não se pode pretender que forneça também aqueles que lhe são desfavoráveis e poderiam beneficiar o adversário”. ³¹

Em termos práticos, a parte não irá apresentar documentos ou arrolar testemunhas que sejam contrárias ao seu interesse no processo. Exemplificativamente, se o réu detém documento desconhecido do autor que é prova cabal do direito deste, ele não irá apresentá-lo em juízo, uma vez que o ônus de sua produção, a princípio, é do adversário e não seu. Apesar de o interesse público de instrução completa do processo clamar pela juntada da prova, prevalece o interesse particular do réu, sem que a omissão cause-lhe qualquer inconveniente, a não ser responder uma possível ação rescisória ³² .

A partir de então, percebe-se que valores fundamentais do processo podem ser lesados por condutas egoístas de uma parte desonesta. Quem defende em juízo direito que sabe não ser seu age notadamente de má-fé. Para tanto, o sistema processual prevê uma série

²⁸ Cumpre lembrar que há no direito nacional exigência da prova do direito, como ocorre em relações com direito municipal, estadual e estrangeiro.

²⁹ SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. v.2. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 306.

³⁰ **Código de Processo Civil - Art. 333.** “O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito.

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:

I – recair sobre direito indisponível da parte;

II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”.

³¹ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. Arts. 1º a 153. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p 167.

³² **CPC. Art. 485.** A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

VII – depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

de deveres das partes com a instrução, entre os quais os deveres de verdade.

4. OS DEVERES DE VERDADE.

Verdade - Carlos Drummond de Andrade

*“A porta da verdade estava aberta,
mas só deixava passar
meia pessoa de cada vez.*

*Assim não era possível atingir toda a verdade,
porque a meia pessoa que entrava
só trazia o perfil de meia verdade.
E sua segunda metade
voltava igualmente com meio perfil.
E os meios perfis não coincidiam.*

*Arrebentaram a porta. Derrubaram a porta.
Chegaram ao lugar luminoso
onde a verdade esplendia seus fogos.
Era dividida em metades
diferentes uma da outra.*

*Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.
Nenhuma das duas era totalmente bela.
E carecia optar. Cada um optou conforme
seu capricho, sua ilusão, sua miopia”.*

Os versos de Carlos Drummond de Andrade têm a aptidão de provocar no intérprete a necessária reflexão sobre a natureza das verdades. Salta aos olhos o caráter subjetivo da verdade, já que, mesmo tendo acesso pleno ao lado luminoso, houve necessidade de exercer opções conforme as subjetividades dos observadores.

Toda a declaração do que seja falso ou verdadeiro depende de uma etapa de compreensão subjetiva. A verdade processual é, como todas as outras, subjetiva. O fato de assim considera-la traz algumas conseqüências pontuais. Veja-se que se, de fato, a verdade é subjetiva, pode-se sustentar não ser logicamente possível aferir a verificação de falsidade das declarações. Isso impediria qualquer sanção relativa à mentira no direito processual pátrio.

Contudo, se as partes expõem os fatos conforme a verdade, as suas declarações tendem a coincidir. Não coincidem ou porque se está diante de má-fé e mentira, ou porque a verdade se manifesta por *versões*. Nesse último caso, pode-se considerar como integrante do dever de dizer a verdade, o dever de efetuar a prova de sua perspectiva, com todos os

elementos que a qualifiquem como *verdade subjetiva*. A omissão de prova relevante, exemplificativamente é um indicativo de que não se está diante de uma versão de verdade, mas de propriamente uma mentira.

O dever que se impõe à parte deve ser compreendido então como *dever de comprovação da sua versão da verdade*. Assim, se o réu sabe que determinado fato é falso e ainda assim o sustenta na contestação, é óbvio que não se está diante de qualquer defesa de *verdade subjetiva*, mas propriamente de uma mentira, face oposta de verdade e que, por isso, é também subjetiva. Mentiras e verdades, ainda que sejam subjetivas, comportam, portanto, verificação.

Nada impede que as partes estejam realmente convencidas de que certo fato ocorreu de maneira diversa, apresentando em juízo as suas verdades. Nesse caso, já que não é possível ao julgador conhecer ou declarar uma verdade objetiva, valer-se-á das provas produzidas para chegar a uma conclusão também subjetiva, mas que terá na composição a participação de todos os integrantes da relação processual, em prestígio ao contraditório cooperativo. A verdade declarada na sentença é subjetiva, mas constituída por todos os integrantes do processo.

Permanece controversa na doutrina a existência de um dever geral de verdade. Primeiramente há de se distinguir *dever de expor a verdade* e *dever de não mentir*. Note-se que, enquanto este propõe um *não-fazer*, aquele, pelo contrário, determina *um fazer*. São faces opostas da mesma questão.

A face negativa tem lugar no Código de Processo Civil em seu artigo 17³³, que incluiu a “*alteração da verdade dos fatos*” como causa de litigância de má-fé. Note-se que o dispositivo não auxilia na produção probatória completa, uma vez que serve a sanções e é de caráter negativo: se a parte, apesar de não contribuir para o esclarecimento dos fatos, não alterar *a sua verdade*, não incidirá: basta não mentir. Dessa sorte, não há acréscimo aos deveres particulares na produção probatória com base na regra, apenas a vedação da mentira.

No artigo 14³⁴ do Código de Processo Civil, por outro lado, estão enunciados deveres das partes e de quem no processo participe, dentre os quais, no primeiro inciso, consta o de “*expor os fatos em juízo conforme a verdade*”. Há a designação de um fazer. É um dever da parte que ela exponha os fatos e essa exposição deve ser verdadeira. Sob albergue dessa

³³ **Código de Processo Civil. Art. 17.** “*Reputa-se litigante de má-fé aquele que:*

II – *alterar a verdade dos fatos;*”

³⁴ **Código de Processo Civil. Art. 14.** “*São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo.*

I – *expor os fatos em juízo conforme a verdade;*”

disposição da lei, se agasalha também a vedação à ocultação daqueles fatos essenciais à demanda ³⁵.

Não é em outro sentido que a lei processual sanciona com confissão a recusa de depor. A dicção do § 1º do art. 343 não deixa dúvidas: “*serão presumidos confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou, comparecendo, se recuse a depor*”. A recusa ao depoimento não pode ser fundada, portanto no suposto direito irrestrito de não produzir provas contrárias ao seu próprio interesse. Afinal, o propósito do depoimento pessoal no nosso sistema processual civil é justamente obter confissões do depoente. O artigo 345 complementa a lógica, estabelecendo a omissão e a resposta com evasivas como comportamentos daquele que não colabora com a instrução, que age de má-fé no processo ³⁶.

Em suma, parece que o direito brasileiro determinou prestações positivas e negativas relativas à verdade. A omissão da exposição de fato relevante caracteriza má-fé processual, independentemente se aquele fato irá levar a tese que se defende à ruína. Também é importante deixar claro que esse dever de colaborar sofre mitigações como qualquer outro dever jurídico. Dessa forma, havendo “*motivos justificados*”, que podem ser os listados no art. 347, bem com outros que tenham por substrato os direitos fundamentais, esse dever da parte com a jurisdição pode ser afastado.

Mas em casos comuns, não resta dúvida da existência de um dever amplo de colaboração ativa da parte com a instrução. No desenvolvimento das atividades probatórias irá o litigante buscar a sustentação de sua tese, expondo os fatos em sua totalidade e conforme a percepção que deles tem.

A percepção de uma parte irá interagir com a da contraparte e com a do juiz, em diálogo, a fim de que uma *verdade subjetiva processual* seja construída no próprio processo, e não declarada por um juiz distante da relação social ali desenvolvida. O contraditório cooperativo faz com que a verdade do processo não seja construída por um único sujeito, mas em um procedimento dialógico. Somente assim terá a legitimação social necessária para sustentar-se perante a comunidade. Por isso, o uso de mentiras e de omissões pelas partes prejudica o próprio núcleo do direito ao contraditório, uma vez que deliberadamente distorce o processo dialógico.

O alcance do dever de exposição da verdade, todavia, é tratado

³⁵ MILMAN, Fabio. *Improbidade Processual: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 89.

³⁶ **CPC. Art. 345.** *Quando a parte, sem motivo justificado, deixar de responder ao que lhe for perguntado, ou empregar evasivas, o juiz, apreciando as demais circunstâncias e elementos de prova, declarará, na sentença, se houve recusa de depor.*

tradicionalmente pela doutrina e pela jurisprudência nacional de modo limitado. Apesar de a regra do art. 14, inciso I estabelecer um dever da parte de exposição de fatos, tem-se verificado relativizações da abrangência do texto legal, seja por compreensões doutrinárias, seja por atenuações do próprio ordenamento positivo, como se verá oportunamente.

No que toca à doutrina, um dos argumentos mais fortes para a exclusão do dever da parte de produzir provas contrárias ao próprio interesse é de que, se assim o fosse, ter-se-ia um privilégio em favor da parte desonesta³⁷. Aquele que produz essas provas e expõe os fatos contrários ao seu interesse está invariavelmente auxiliando a contraparte. Se ela, por sua vez, age de má-fé e não colabora no esclarecimento dos fatos, produz-se um desequilíbrio de forças no processo em detrimento daquele que é leal.

Vozes há de que a existência de um dever de colaboração para a apuração da verdade não quer dizer “*que a parte deva fornecer ao adversário elementos contrários aos seus próprios interesses em juízo*”. Também por esse caminho argumentativo, sustentou-se que a lealdade processual é apenas procedimental, sendo possível à parte inclusive valer-se de “*argumentos sagazes e habilidosos*” a seu favor³⁸.

Nessa linha, todavia, o processo civil funciona como um jogo de forças no qual a parte que tiver maior habilidade em disfarçar e dissimular vence, numa disputa que premia o afastamento do processo com a ética. Não é por menos que cada vez mais é comum na doutrina a reestruturação do princípio da *lealdade processual*. “*Parece certo que o direito brasileiro tende a configurar, em seu limite máximo, a existência de um dever de colaboração e revelação da verdade*”³⁹.

“Parte da doutrina mais antiga manifesta-se contrariamente ao princípio da lealdade, principalmente no processo civil, por considerá-lo instituto inquisitivo e contrário à livre disponibilidade das partes e até mesmo ‘instrumento de tortura moral’. Hoje, porém, a doutrina tende a considerar essa concepção como um reflexo processual da ideologia individualista do laissez-faire, afirmando a oportunidade de um dever de veracidade das partes no processo civil, diante de todas as conotações publicistas agora reconhecidas ao processo, e negando, assim, a contradição entre a exigência de lealdade e qualquer princípio ou garantia constitucional”.⁴⁰

Afinal, é um desrespeito à dignidade da justiça a possibilidade de as partes

³⁷ BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. I. Arts. 1º a 153*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 167.

³⁸ DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Curso Básico de Direito Processual Civil. Vol. I*. São Paulo: Nelpa Edições, 1993, p. 155.

³⁹ KNIJNIK, Danilo. *A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 177.

⁴⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 72.

postularem de má-fé ⁴¹. Outrossim, já que o processo é público e desenvolve-se em cooperação, não pode ser compreendido como um instrumento voltado exclusivamente ao interesse privado, ainda que esse não esteja dele excluído.

O jogo entre o público e privado não tem difícil solução quando em um processo os interesses em jogo não são direitos fundamentais, como ocorre em uma ação de cobrança. Nesse caso, defende-se, há um dever ativo das partes de expor a verdade, ainda que a narração atue diretamente contra os seus interesses. Há também o dever de produzir todas as provas possíveis para o esclarecimento dos fatos. A força desse dever está na concepção pública do processo, no contraditório cooperativo e, especificamente, no art. 14, I e II, do Código de Processo Civil, que em nenhum momento condiciona os deveres de lealdade e de verdade à vontade da parte ou ao interesse privado descontextualizado.

E a contextualização é importantíssima, uma vez que nem sempre o interesse público prepondera sobre o interesse privado. Em algumas circunstâncias, o peso destes, que podem ou não ser fundamentais, se sobrepõe à força pública de boa instrução probatória. Nesse caso há desequilíbrio nos interesses tutelados, o que impõe ponderações nos direitos e deveres processuais.

Lembre-se sempre que, nos termos do art. 347, § único ⁴², do Código de Processo Civil, não se aplicam às restrições da prova de depoimento pessoal nas ações de filiação, desquite e de anulação de casamento. Essa disposição apenas faz sentido se for considerada “*a suma relevância dos interesses postos em causa, que são de ordem pública*” ⁴³.

Assim também a defesa do direito fundamental da liberdade, por representar tanto um interesse privado como público, se sobrepõe à persecução penal, permitindo-se ao acusado comportamentos que não extensivos aos litigantes cíveis comuns. Aí por que há lugar para o limite mais conhecido do dever de cooperação probatória: a escusa de não-incriminação.

⁴¹ COSTA, José Rubens. *Manual de Processo Civil: Teoria Geral a Ajuizamento da Ação*. V. 1. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 28.

⁴² **CPC. Art. 347.** *A parte não é obrigada a depor de fatos:*

I – criminosos ou torpes, que lhe forem imputados;

II – a cujo respeito, por estado ou profissão deva guardar sigilo.

Parágrafo único. *Esta disposição não se aplica às ações de filiação, de desquite e de anulação de casamento.*

⁴³ MILMAN, Fabio. *Improbidade Processual: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 91.

5. A ESCUSA DE NÃO-INCRIMINAÇÃO

A isenção de produção de prova pelo direito de não se auto-incriminar tem origem na 5ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, cuja redação dispõe que ninguém “*shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*”⁴⁴. No Direito Brasileiro, a norma vem acolhida no art. 347, I,⁴⁵ do Código de Processo Civil, bem como tem reflexos diretos nos artigos 363, III,⁴⁶ e 406, I,⁴⁷ desse mesmo diploma legal. Aparece também no Código Civil, em seu artigo 229, III,⁴⁸ e está prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no seu artigo 8º⁴⁹.

A primeira leitura da norma constitucional americana faz prestigiar a ressalva apenas no curso de processos criminais e para a produção de prova testemunhal. Todavia, o desenrolar jurisprudencial estendeu a garantia aos processos cíveis, no caso de a produção da prova puder sustentar um futuro processo criminal, bem como possibilitou a escusa para os outros meios de prova, atingindo até mesmo uma confissão.

Foi o que ocorreu no *leading case* Miranda vs. Arizona⁵⁰. Nesse julgamento, a Suprema Corte Americana decidiu que a confissão criminal de Ernesto Miranda era inadmissível uma vez que ele não havia sido informado de seus direitos arrolados na 5ª Emenda. Assim, “*prior to any questioning, the person must be warned that he has a right to remain silent, that any statement he does make may be used as evidence against him, and that*

⁴⁴ Tradução livre do autor: “*será compelido em qualquer causa criminal a ser testemunha contra si mesmo*”.

⁴⁵ **CPC. Art. 347.** *A parte não é obrigada a depor de fatos:*

I – *criminosos ou torpes, que lhe forem imputados.*

⁴⁶ **CPC. Art. 363.** *A parte e o terceiro se escusam de exhibir, em juízo, o documento ou a coisa:*

III – *se a publicidade do documento redundar em desonra à parte ou a terceiro, bem como a seus parentes consangüíneos ou afins até o terceiro grau; ou lhes representar perigo de ação penal.*

⁴⁷ **CPC. Art. 406.** *A testemunha não é obrigada a depor de fatos:*

I – *que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consangüíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral em segundo grau;*

⁴⁸ **Código Civil 2002. Art. 229.** *Ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato:*

III - *que o exponha, ou às pessoas referidas no inciso antecedente, a perigo de vida, de demanda, ou de dano patrimonial imediato.*

⁴⁹ **Pacto de San Jose da Costa Rica. Art. 8º.** *Garantias judiciais.*

2. *Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:*

9. *direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;*

⁵⁰ Disponível em <http://laws.findlaw.com/us/384/436.html>

*he has a right to the presence of an attorney, either retained or appointed”*⁵¹.

Em linhas gerais, percebe-se que a escusa de não-incriminação historicamente apenas tem incidência legítima quando a produção da prova for passível de gerar um processo criminal contra aquele que a deve oferecê-la ao tribunal.

“Desse modo, observa-se com razoável segurança que não existe a garantia da exoneração do dever de colaborar com o Judiciário, no aporte de provas ao processo, mesmo que sejam prejudiciais à parte que as trás. Ao contrário, a garantia – ao menos nos moldes originários, em que foi moldada no direito norte-americano – apenas se limita aos casos em que a exibição da prova pela parte (ou o seu depoimento) possa acarretar-lhe risco de sofrer ação penal”.⁵²

Trabalhando a matéria probatória, contudo, o Novo Código Civil Brasileiro, em seu artigo 229, III, prescreveu não poder ninguém ser obrigado a depor sobre fato que o exponha ao *risco de sofrer demanda*. A redação de artigo análogo no Código Civil revogado⁵³ continha apenas a possibilidade de escusa por questão de sigilo de estado ou profissional.

Uma interpretação com enfoque exclusivo sobre esse dispositivo legal pode dar a entender que é possível a qualquer pessoa, independentemente da posição que ocupa no processo, escusar-se a depor sobre fatos que possam dar ensejo a demandas também cíveis.

Vale lembrar que o fato de o artigo estar situado logo após o rol daqueles cujo testemunho não pode ser admitido, não quer dizer seja sua aplicação limitada à prova testemunhal. Se assim fosse, também estaria o Código Civil restringindo a essas pessoas a escusa de não-incriminação penal, bem como nos casos dos demais incisos.

Também não se pode dizer que nosso ordenamento constitucional, com albergue no *Pacto de San José da Costa Rica* apenas previu a escusa penal e não a civil, sendo o artigo inconstitucional por essa razão, já que o novo diploma cível não limitou a garantia, apenas estendeu-a, sem ferir a determinação da norma com status constitucional.

Ocorre que nem só dessa garantia se compõe o sistema de direitos fundamentais processuais. Pensando-se que o direito à prova deriva do acesso à justiça, é fácil identificar uma ofensa a um direito fundamental na escusa genérica de não cooperação com a instrução. Ademais, o novo diploma cível não alterou a vigência dos artigos 14 e 17 do Código de Processo Civil, nem amenizou a força do contraditório cooperativo.

O risco de demanda que o Novo Código Civil trouxe deve ser interpretado em

⁵¹ Tradução livre do autor: “antes de qualquer questionamento, a pessoa deve ser alertada que tem direito de permanecer em silêncio, que qualquer declaração que seja feita pode ser usada como prova contra si, e que tem o direito à presença de um advogado, nomeado ou indicado”.

⁵² MARINONI, Luis Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 375.

⁵³ **Código Civil de 1916. Art. 144.** *Ninguém pode ser obrigado a depor de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar segredo.*

conformidade com todo o sistema probatório e de proteção de direitos, que tem sua fonte principal na Constituição Federal. Como não é viável a restrição de direitos fundamentais em prol do interesse antijurídico de exclusiva má-fé, conclui-se que não pode ser a disposição interpretada extensivamente.

Nem só em casos penais se tem o exercício de poderes jurisdicionais sobre direitos fundamentais. As causas cíveis mais relevantes serão as de tutela desses direitos. Nesse caso, e sempre que a colaboração com a prova venha a fazer impossível a concretização de um direito fundamental ou colocá-lo em risco, é possível contornar o dever de prestar informações contrárias ao próprio interesse em juízo. Nesse sentido deve se fazer a leitura do art. 229, III, do Código Civil de 2002.

Não serve, portanto, a garantia como subterfúgio para a não colaboração da parte com a prestação jurisdicional em quaisquer outros casos. Tanto o é que no direito americano, origem e meio de desenvolvimento desse direito de defesa, há o dever de apresentação de todas as provas em juízo, independentemente da tese que favoreçam, o que pode ser bem representado pelo *Discovery Process*, cuja análise realiza-se no próximo item.

6. O DISCOVERY PROCESS

A influência do júri no direito anglo-americano é notória. Já que se faz difícil e custoso reunir todos os jurados em inúmeros atos instrutórios, ganhou importância a concentração dos atos em uma audiência conhecida como *trial*. Obviamente, ele deve ser preparado de forma adequada, função desenvolvida sob a fase de *pre-trial*, elemento característico dos julgamentos da *Common Law*.⁵⁴

Um dos aspectos mais marcantes no direito processual comum é a isenção do juiz na produção das provas e a forte ideologia liberal que o influencia. A sua principal característica está no desenvolvimento dialético do processo por atividade exclusiva das partes. O processo civil na *Common Law* “é um combate entre partes diante de um juiz, que é

⁵⁴ JOLOWICS, John Anthony. *Il nuovo ruolo del giudice del pre-trial nel processo civile inglese*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano. 2002, nº 4, p. 1263.

terceiro imparcial”⁵⁵. Consequentemente, a verdade dos fatos será aquela trazida pelas partes, cabendo ao magistrado apenas individualizá-la com base no encontro realizado no *trial*⁵⁶.

Esse apanágio de isenção completa do magistrado é o traço mais marcante do sistema, tanto que se lhe atribuiu o nome de *Adversary Process*, nomenclatura que realça desde já uma dificuldade de visualização do processo americano sob o prisma da cooperação entre partes e magistrado.

Modificações relevantes vêm sendo trazidas no processo civil inglês e americano com a introdução do sistema de *case management*, o qual atribui ao juiz algumas prerrogativas de condução do procedimento, com certo afastamento do rigor privado do processo tradicional comum⁵⁷. Ainda assim, o desenvolvimento dos conflitos nos países anglo-americanos tem os óbices de vedação mais ampla que a continental da ingerência do público sobre o privado no plano de fundo.

Na fase de atividades preparatórias ao *trial*, realiza-se a busca pela verdade, o conhecimento dos fatos, usando-se de instrumentos como o *Discovery Process*. Sua finalidade é, então, individualizar, examinar e adquirir os meios de prova úteis ao debate⁵⁸.

Antes da instituição do *Discovery Process*, os debates eram realizados *in the dark*, sendo muito usual o uso da *unfair surprise* como tática defensiva, que consistia na apresentação da prova no momento do *trial*. A acolhida do *Discovery Process* no modelo americano contribuiu para a racionalização do processo e para a eliminação da *sporting theory of justice*.

Em 1970, com modificações nas Federal Rules, especificamente nas Rules nº 26 e seguintes, criou-se um sistema amplo e generalizado de *Discovery*, com possibilidade de busca de documentos, bem como com a oitiva preliminar de testemunhas ou do próprio adversário.

No *Discovery of Documents*, devem ser expostos a todas as partes interessadas na controvérsia, os documentos de posse ou controle relacionados ao caso. Para tanto, providencia-se aos adversários uma lista de todos os documentos próprios, colocando-os a disposição para análise. Outra espécie é a *Examination for Discovery*, procedimento pelo qual

⁵⁵ MICHELI, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo. Revista dos Tribunais, n. 16., 1979, p. 155-168, p. 156.

⁵⁶ TARUFFO, Michele. *Il processo civile Adversary nell'esperienza americana*. Padova: Cedam, 1979, p. 4-5.

⁵⁷ JOLOWICS, John Anthony. *Il nuovo ruolo del giudice del pre-trial nel processo civile inglese*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano. 2002, nº 4, p. 1263-1272. CORSINI, Filippo. *Le proposte di privatizzazione dell'attività istruttorie alla luce delle recenti vicende della discovery anglosassone*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. 2002, nº 4, p. 1273-1303.

⁵⁸ TARUFFO, Michele. *Il processo civile Adversary nell'esperienza americana*. Padova: Cedam, 1979, p. 10-11.

uma parte formula a outra, juramentada, uma série de perguntas perante um repórter da corte que as transcreve com as respostas, que é permitido também em face de testemunhas pelo *Pre-trial Examination of Witnesses*. Ainda, é válido o uso de *Interrogatories*, quando se elabora perguntas e respostas de forma escrita à contraparte.

A *Discovery*, fase preliminar ao *trial*, serve, então, para que sejam desvendadas todas as informações relacionadas ao objeto litigioso, adiantando-se a realização da prova, para dar sustento ao caso, dando-se ciência das forças e fraquezas das partes umas as outras.

Não se pode negar que o conhecimento pleno das provas antes do *trial* é um fator catalisador de transações e que o dever de trocar materiais instrutórios, favoráveis ou não, pode constituir um eficaz instrumento para uma melhor apuração dos fatos controversos.

Lembre-se, contudo, que embora notório o substancial aumento do conhecimento dos fatos pelas partes, esse benefício não se reflete necessariamente ao juiz, como alertou Michele Taruffo⁵⁹, já que o modelo comum vê com maus olhos a intervenção judicial para a persecução probatória. Além do que, o custo da assistência advocatícia – e consequentemente do *Discovery Process* – pode constranger o adversário a aceitar transações iníquas⁶⁰.

Nessa linha, o *abuse of discovery*, com a apresentação de material abundante e supérfluo (*overdiscovery*), muito antes de colaborar com o estabelecimento de igualdade no conhecimento dos fatos, implica o aumento do retrato desigual das partes. Muito em função disso, vige no Brasil o Decreto nº. 1.925 de 1996 que promulgou a Convenção Interamericana sobre Prova de Informação acerca do Direito Estrangeiro. No nono artigo, a norma previu a possibilidade de recusa de cumprimento de carta rogatória com objeto de obtenção prévia de provas⁶¹.

A ideologia liberal manifestou-se de forma diversa nos ordenamentos comum e continental. Ambos desvincularam o Estado da persecução probatória, porém aquele foi mais além, fazendo da atividade uma tarefa praticamente extrajudicial. Já no Direito Continental, o dogma da neutralidade do juiz impôs durante séculos a passividade do magistrado sem, contudo, afastar do âmbito público do processo a busca pela prova. Também no Direito Continental os questionamentos e as mudanças sobre a posição do juiz em face da produção

⁵⁹ TARUFFO, Michele. *Il processo civile Adversary nell'esperienza americana*. Padova: Cedam, 1979, p. 18.

⁶⁰ CORSINI, Filippo. *Le proposte di privatizzazione dell'attività istrutória alla luce delle recenti vicende della discovery anglosassone*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. 2002, nº 4, p. 1279.

⁶¹ **Convenção Interamericana sobre Obtenção de Provas no Exterior. Art. 9º.** *A autoridade judiciária requerida poderá recusar, de acordo com o inciso l do artigo 2, o cumprimento da carta rogatória quando tiver por objeto o recebimento ou obtenção de provas previamente a processo judicial, ou quando se tratar do procedimento conhecido nos países do "Common Law" pela denominação de "pre-trial discovery of documents".*

da prova iniciaram antes.

No Direito Comum, por outro lado, a ideologia liberal de atuação exclusiva para a preservação do próprio interesse veio mitigada pelo dever de apresentação de provas ao adversário, o que não correspondeu ao desenvolvimento tradicional do processo continental. Neste, a temática vem habitualmente camuflada no trato dos deveres de verdade e de lealdade.

Dessa feita, muito embora o processo de *Discovery* não tenha trazido pela experiência prática americana e inglesa benefícios de grande ordem à celeridade ou à isonomia processual, em função da total privatização do *pre-trial*, destaca-se positivamente o dever de colaboração e apresentação das provas.

O estudo do direito comparado pode auxiliar na incorporação de técnicas e estratégias para melhor servir aos usuários do processo, mas não se deve aceitar os institutos estrangeiros de olhos vendados. O *Discovery Process* tem serventia por objetivar um ambiente de promoção de práticas leais e conjuntas na organização da atividade probatória. A privatização da etapa instrutória, todavia, operou contra a salvaguarda dos direitos fundamentais relacionados à igualdade substancial no processo.

No direito pátrio, verifica-se que existem institutos que em determinados pontos assemelham-se ao *Discovery Process*, como o procedimento de Exibição de Documentos previsto no Código de Processo Civil Brasileiro. Assim, resta a análise da extensão possível dos deveres públicos de colaboração com a administração da justiça, nesse instrumento processual, o que nos dará a guia para uma conclusão satisfatória acerca da extensão dos deveres de colaboração com a instrução probatória no direito pátrio.

7. A EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.

O Código de Processo Civil brasileiro acolheu tanto como meio de prova, nos artigos 355 a 363, como procedimento probatório preparatório, nos artigos 844 e 845, a Exibição de Documentos ou Coisas pela contraparte ou por terceiros⁶². Como procedimento preparatório, em linhas gerais, se identifica a coisa, a sua relação com a causa de pedir da

⁶² Possível, também, o aforamento de Ação de Exibição com caráter cautelar de preservação da prova, bem como fundada no direito material de pretensão à exibição, cujo aprofundamento foge ao escopo deste ensaio. A esse respeito, ver ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto.; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil. VIII Vol. Tomo II*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 284-324.

demanda principal a ser proposta, clarificando a finalidade da prova, se fundamenta a composição do pólo passivo e se postula a apresentação ⁶³.

A exibição de documentos ou coisas será um procedimento cautelar quando, v.g., houver risco de perecimento da prova. Possível, porém, seu uso como atividade meramente preparatória ao incurso da demanda. Cumprida a pretensão do requerente, cabe a si a análise de conveniência sobre o processo futuro ⁶⁴.

Para a aferição de prova no curso de demanda, a iniciativa pode ser de ofício, com força nos artigos 130 ⁶⁵ e 335 ⁶⁶ do Código de Processo Civil. Como processo preparatório, depende da iniciativa do particular, forte no princípio dispositivo, especificado nos arts. 2º e 262, entre outros, do diploma processual brasileiro ⁶⁷.

O que não se explica, todavia, é como a doutrina processual tradicional, que erige como princípio válido e vigente a impossibilidade de se exigir a produção de prova contra os próprios interesses, acolhe a exibição de documentos ou coisas ⁶⁸. Ora, a escusa de não produção de prova contrária aos interesses privados não vale genericamente na demanda exhibitória, que lista as circunstâncias possíveis de não apresentação no art. 363 do CPC ⁶⁹.

Isso significa que ou aquela corrente não possui embasamento dogmático ou

⁶³ **CPC. Art. 356.** *O pedido formulado pela parte conterà:*

I – a individualização, tão completa quanto possível, do documento ou da coisa;

II – a finalidade da prova, indicando os fatos que se relacionam com o documento ou a coisa;

III – as circunstâncias em que se funda o requerente para afirmar que o documento ou a coisa existe e se acha em poder da parte contrária.

⁶⁴ “Segunda espécie de exhibitória ostenta por finalidade a apropriação de dados para eventual aforamento de demanda futura, sem vínculo necessário de dependência com outra ação satisfativa. A exibição desde logo satisfaz (e não apenas assegura) a pretensão do autor, habilitando-o à aferição da conveniência de ajuizar, ou não, demanda futura, com utilização dos dados obtidos. Esta ação, se o autor da exhibitória assim o entender, poderá não ser intentada”. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto.; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil. VIII Vol. Tomo II.* Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 286.

⁶⁵ **CPC. Art. 130.** *Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.*

⁶⁶ **CPC. Art. 355.** *O juiz pode ordenar que a parte exhiba documento ou coisa, que se ache em seu poder.*

⁶⁷ **CPC. Art. 2º.** *Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais.*

CPC. Art. 262. *O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.*

⁶⁸ Sobre o tema, já se afirmou que “em qualquer caso em que a exibição é obrigatória, não se permitirá invocar o princípio de que nemo tenetur edere contra se”. CIRIGLIANO, Raphael. *Prova Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 77.

⁶⁹ **CPC. Art. 363.** *A parte e o terceiro se escusam de exhibir, em juízo, o documento ou a coisa:*

I – se concernente a negócios da própria vida da família;

II – se a sua apresentação puder violar dever de honra;

III – se a publicidade do documento redundar em desonra à parte ou ao terceiro, bem como a seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau; ou lhes representar perigo de ação penal;

IV – se a exibição acarretar a divulgação de fatos, a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo;

V – se subsistem outros motivos graves que, segundo o prudente arbítrio do juiz, justifiquem a recusa da exibição.

Parágrafo único. *Se os motivos de que tratam os ns. I a V disserem respeito só a uma parte do conteúdo do documento, da outra se extrairá uma suma para ser apresentada em juízo.*

trata-se de um caso especial de produção probatória. Nessa última hipótese, não estão presentes motivos razoáveis para dar sustento à discriminação. Por que somente para exibir documentos, e não para outros meios instrutórios, haveria o dever de produzir a prova contrária aos próprios interesses? Conseqüência da ausência de sustentação empírica da distinção é a direta violação ao devido processo legal substantivo, sob o albergue da razoabilidade como congruência ⁷⁰.

Moacyr Amaral Santos, quiçá consciente do impasse, tentou solucioná-lo visualizando os ônus da prova como princípio processual. A partir daí constatou que a uma das partes não se pode atribuir o ônus da outra, razão pela qual não se poderia admitir a exigência da prova pelo adversário. Muitas vezes, todavia, continuou o autor, o documento em poder da contraparte goza de algum direito privado da parte que o reclama, como o de propriedade ou o direito ao gozo, direito este que dará fundamento ao pedido de exibição ⁷¹.

Já no caso de a parte não deter direitos sobre o documento, pode-se fundar a demanda na relação de fato controvertido entre as partes, caso em que “*o interesse de quem reclama a exibição se confunde com o interesse da justiça, qual o de apurar a verdade, e que não pode ser sacrificado, impondo-se ao litigante, com quem se achar o documento, o ônus processual de exibi-lo*” ⁷².

Note-se bem que, ao ressaltar esse último caso, fez completamente inútil a primeira construção, visto que o interesse público jurisdicional estaria sempre presente de modo a justificar em qualquer caso a exigência de apresentação do documento, ainda que contrário aos interesses de quem deva apresentá-lo.

Se o detentor do documento é um terceiro, responde da mesma maneira o jurista: se houver um direito privado do postulante sobre o documento, com base nele estabelecer-se-á a busca; se não, com base no dever cívico de contribuir com o melhor funcionamento da justiça ⁷³.

As defesas da parte ou de terceiro são a negação da detenção do documento ou coisa, bem como as escusas legais pormenorizadas no já referido artigo 363. Assim, dessa feita, somente será acolhida a recusa de exibição se alegar não possuir o documento ou a coisa a ser exibido; se ele concerne a negócios da própria vida ou família – resguardo da intimidade

⁷⁰ AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁷¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil. IV Vol. Arts. 332 a 475*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 120-121.

⁷² SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil. IV Vol. Arts. 332 a 475*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 121.

⁷³ SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil. IV Vol. Arts. 332 a 475*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 121.

e da vida privada –; se a sua apresentação puder violar dever de honra ou acarretar a desonra ou o perigo de ação penal a si ou a terceiros próximos; se houver causa de proteção de sigilo profissional ou de estado; ou, por fim, algum motivo grave que justifiquem a recusa.

Importante ressaltar que, na Exibição de Documentos, seu objeto é individualizado pela parte que demanda a prova, ao contrário do *Discovery Process*, em que os adversários têm o dever de apresentar todos os documentos, indiscriminadamente, mesmo que a contraparte não saiba da sua existência.

Vale lembrar que é caso de ação rescisória no sistema processual brasileiro o aparecimento de documento novo, cuja existência se desconhecia⁷⁴. A hipótese é causa para romper com a coisa julgada, ou seja, apta a desconstituir a perenidade das decisões cuja finalidade maior é a tutela de um bem público de segurança jurídica das relações sociais e de confiança na preservação das decisões judiciais. A recusa de colaboração com a prova não impede a concretização só de interesse privados (o direito material da contraparte), mas também ofende pontos cruciais do sistema constitucional.

Vislumbra-se, ao final dessa breve explanação sobre os institutos da *Discovery* e da Exibição de Documentos algumas semelhanças e algumas diferenças. A questão mais saliente ao tratar de deveres de exposição da verdade e de cooperação na produção da prova está na possibilidade ou não, de no direito brasileiro, exigir-se, em juízo, a feitura pela parte de uma listagem com todas as provas relacionadas à demanda, favoráveis ou não.

Afinal, é fácil perceber quais os direitos a serem promovidos (contraditório cooperativo, acesso à justiça, isonomia, melhor instrução probatória, facilitação da decisão justa, entre outros). Por outro lado, na omissão, podem estar presentes direitos fundamentais pontuais. Na maioria dos casos o suposto direito de não produzir provas contra si é usado em nome de um interesse privado de que não seja o direito cumprido. Deve-se pensar até que ponto se está diante de um direito derivado da ampla defesa ou de um abuso dessa garantia constitucional. Não se pode olvidar que o dever de exposição da verdade e a vedação da mentira não devem ser interpretados senão como expressões de valores constitucionais.

⁷⁴ **CPC. Art. 485.** *A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:*

VII – *depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável.*

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

“Ponham dois pintores diante de uma mesma paisagem, um ao lado do outro, cada um com seu cavalete, e voltem uma hora depois para ver o que cada um traçou em sua tela. Verão duas paisagens absolutamente diferentes, a ponto de parecer impossível que o modelo tenha sido o mesmo. Dir-se-ia, nesse caso, que um dos dois traiu a verdade?”⁷⁵

A verdade é subjetiva; isso parece inegável. Mas também é subjetiva a face mais tradicional da boa-fé e nem por isso se diz ser impossível fazer distinção em concreto entre a boa e a má-fé. Os deveres de verdade e de colaboração com o processo encontram-se atados aos direitos fundamentais íntimos das relações processuais.

Ao fundo da discussão sobre a colaboração com a instrução probatória situa-se o embasamento ideológico do sistema processual civil. Mais especificamente, o pesar cultural da balança entre o interesse público e o privado, seja pelas diferentes formas de se compreender a composição de cada vetor ou do modo como se relacionam no desenvolver do processo, produzindo sentidos face aos direitos fundamentais.

O dever de colaborar com a jurisdição, apresentado provas e compartilhando da responsabilidade do processo varia conforme o entremear da ideologia e da cultura e conforme a natureza do direito. A questão que se pode colocar a partir da adoção da lógica do contraditório cooperativo é se o interesse exclusivamente privado – de não apresentar certas provas – tem maior valor que o interesse público de boa administração da justiça em casos em que apenas isso esteja em jogo.

*“É evidente que, pela própria finalidade do processo, pelo interesse que a coletividade tem numa solução que expresse, tanto quanto possível, a justiça e o respeito às normas legais, as partes não podem servir-se de falsidades, mentiras, engodos, de modo a criarem, por meio da farsa, uma situação irreal, que não corresponda à verdade, de maneira alguma, nem mesmo relativa, iludindo o juiz, que será forçado a decidir de modo diferente ao que, normalmente, faria, se outros fôssem os fatos de seu conhecimento”.*⁷⁶

A sustentação de um processo movido pela ética e pela verdade é tarefa de discurso muito fácil. Ninguém em perfeita sanidade questiona a necessidade de as partes agirem com lealdade e probidade. Todavia, se tem havido falhas ao dotar o discurso de reais repercussões práticas.

A defesa que se faz nesse ensaio não demanda maiores explicitações: o dever

⁷⁵ CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 125.

⁷⁶ LIMA, Alcides de Mendonça. *O dever da verdade no Cód. De Proc. Civil brasileiro*. São Paulo, Revista Forense, vol. 172, p. 42-46, 1957, p. 44.

de verdade no processo impõe à parte a indicação de todas as provas em seu poder relacionadas com fatos controversos concernentes ao objeto do processo, independentemente do benefício que traga à tese defendida. A prova listada deverá integrar o processo para diálogo e colaboração, salvo se a sua apresentação colocar em risco algum direito fundamental daquele que a elabore.

*“A finalidade das partes é ter razão; a finalidade do processo é dar a razão a quem a tenha. Nas duas fórmulas, voluntariamente simples, está a antítese entre o interesse interno e externo: que se dê razão a quem a tenha, não é um interesse das partes, sim um interesse da sociedade inteira. Portanto, não é o processo que serve às partes, e sim as partes ao processo”.*⁷⁷

Afinal, valendo-se dessa antiga lição de Carnelutti, são as partes que servem ao processo. Logo, não está o desenvolvimento das atividades de prova, que na maior parte das vezes é o motor da sentença, à disposição livre e desincumbida de ônus de lealdade e verdade daquelas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no Processo*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo*. Revista da Ajuris, Porto Alegre, n. 90, p. 54-84, jun. 2003.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *A Garantia do Contraditório*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. v. 15, p 7-20, 1998
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto.; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil. VIII Vol. Tomo II*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. I. Arts. 1º a 153*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso, Ideologias, Sociedad. Tradução de Santiago Sentís Melendo e Tomás A. Banzhaf*. Buenos Aires: Ed. Jurídica Europa América, 1974.

⁷⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. São Paulo: Classicbook, 2000, p. 337.

- CAPRA, Fridjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 1996.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. São Paulo: Classicbook, 2000.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CINTRA, Geraldo de Ulhoa. *História da Organização Judiciária e do Processo Civil. Tomo I*. Rio de Janeiro – São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1970.
- CIRIGLIANO, Raphael. *Prova Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- CORSINI, Filippo. *Le proposte di privatizzazione dell'attività istruttorie alla luce delle recenti vicende della discovery anglosassone*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. 2002, nº 4, p. 1279.
- COSTA, José Rubens. *Manual de Processo Civil: Teoria Geral a Ajuizamento da Ação. V. 1*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Curso Básico de Direito Processual Civil. Vol. I*. São Paulo: Nelpa Edições, 1993.
- JOLOWICS, John Anthony. *Il nuovo ruolo del giudice del pre-trial nel processo civile inglese*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Milano. 2002, nº 4, 1263-1272.
- KNIJNIK, Danilo. *A prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LIMA, Alcides de Mendonça. *O dever da verdade no Cód. De Proc. Civil brasileiro*. São Paulo, Revista Forense, vol. 172, p. 42-46, 1957.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo Procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.
- MARINONI, Luis Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MICHELI, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo. Revista dos Tribunais, n. 16., 1979, p. 155-168.
- MILMAN, Fabio. *Improbidade Processual: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

- PASSOS, J. J. Calmon de. *Instrumentalidade do processo e devido processo legal* . Jus Navigandi, Teresina, a. 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3062>>. Acesso em: 27 jul. 2005.
- SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. v.2. São Paulo: Saraiva, 1978.
- SILVA, Carlos Augusto. *O processo civil como estratégia de poder: Reflexo da judicialização da política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- SOBRINHO, Elicio de Cresci. *Dever de Veracidade das Partes no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Vellenich, 1975.
- TARUFFO, Michele. *Il processo civile Adversary nell'esperienza americana*. Padova: Cedam, 1979.
- TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- TUCCI, José Rogério Cuz e. *A causa petendi no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.