

## A PROVA CONSTITUÍDA PELAS PARTES E PELOS ADVOGADOS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL

The evidence provided by the parties and lawyers at the pre-procedural stage  
Revista de Direito do Trabalho | vol. 209/2020 | p. 201 - 224 | Jan / 2020  
DTR\2019\42562

Marcio Evangelista Ferreira da Silva

Doutor e Mestre em Direito pelo UniCEUB-DF. Especialista pela Harvard University (Justice)-EUA e pela Universidade de Napoli Federico II (Comparative Judicial Systems)-ITA. Graduado em Direito pela Universidade de Mogi das Cruzes-SP. Juiz de Direito-TJDFT. Professor no curso de Graduação em Direito do IESB-DF.  
marcio.evangelista@tjdft.jus.br

Área do Direito: Civil; Processual; Trabalho

Resumo: O presente artigo analisa a produção de provas em uma fase antecedente ao processo judicial. A escolha temática se dá pela publicação de um provimento pela Ordem dos Advogados do Brasil regulamentando o exercício pelo advogado da realização de diligências investigatórias. Justifica-se também pela nova legislação adjetiva civil tratar da Ata Notarial como meio de prova. O problema apresentado foi: como as partes e os advogados podem preservar ou produzir provas em uma fase pré-processual no sistema jurídico brasileiro? A hipótese foi de que o sistema jurídico brasileiro permite às partes e aos advogados produzirem qualquer prova, com exceção da obtida por meios ilícitos, e que a Ata Notarial é um meio seguro, legítimo e de fácil acesso para preservar ou pré-constituir provas. Analisou-se como a Constituição Federal e a legislação adjetiva administrativa, civil, trabalhista e penal, bem como a literatura especializada do direito, abordam a temática. Abordou-se também como as partes e os advogados podem produzir provas na seara privada e por intermédio da Ata Notarial. No primeiro capítulo, examinou-se a prova na Constituição Federal e na legislação adjetiva brasileira. No segundo capítulo, o tema analisado foi o Provimento 188/2018 da Ordem dos Advogados do Brasil, que regulamentou o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias. No terceiro capítulo, tratou-se da Ata Notarial como instrumento de grande valia para a parte e o seu advogado como meio de prova para conservar ou pré-constituir o direito, além de esse instrumento poder ser de ampla aplicação pelo advogado. Ao final, concluiu-se que a Constituição Federal brasileira de 1988 e a legislação adjetiva administrativa, civil, trabalhista e penal são uníssonas no sentido de que é permitido produzir provas de toda e qualquer espécie, mas que a produção de provas, por meio da Ata Notarial, em uma fase pré-processual, pode ser utilizada pelas partes e pelos advogados no interesse de resolução de litígios sem a intervenção do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Provas – Pré-processual – Ordem dos Advogados do Brasil – Ata Notarial

Abstract: This article examines the production of evidence at a pre-trial stage. The thematic choice is given by the publication of a provision by the Brazilian Bar Association regulating the exercise by the lawyer of carrying out investigative proceedings. It is also justified by the new civil adjective legislation to treat the Notarial Act as a means of proof. The problem presented was: how can parties and lawyers preserve or produce evidence at a pre-procedural stage in the Brazilian legal system? The hypothesis was that the Brazilian legal system allows parties and lawyers to produce any evidence, except that obtained by illicit means, and that the Notarial Act is a safe, legitimate and easy means to preserve or pre-constitute evidence. It was analyzed as the Federal Constitution, the adjective legislation administered, civil, labor and penal, as well as the specialized literature of the law addresses the subject. It also addressed how parties and lawyers can produce evidence in the private sector and through the Notary Act. The first chapter addressed the proof in the Federal Constitution and Brazilian adjective legislation. In the second chapter the theme analyzed was Provision 188/2018 of the

Brazilian Bar Association that regulated the exercise of the professional prerogative of the lawyer to conduct investigative proceedings. The third chapter dealt with the Notarial Act as an instrument of great value to the party and its lawyer as evidence to preserve or pre-constitute the law, and that such instrument may be widely applied by the lawyer. In the end, it was concluded that the Brazilian Federal Constitution of 1988 and the adjective administrative, civil, labor and penal legislation are unison in the sense that it is allowed to produce evidence of any kind, but that the production of evidence through Notarial minutes, at a pre-procedural stage, may be used by the parties and lawyers in the interest of settling disputes without the intervention of the State Judiciary.

Keywords: Evidences – Pre-procedural – Brazilian Bar Association – Notarial Act  
Sumário:

Introdução - 1.As provas na Constituição Federal e na legislação adjetiva brasileira - 2.O Provimento 188, de 11 de dezembro de 2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - 3.A ata notarial como meio de prova na fase pré-processual e processual - Considerações finais - Referências

## Introdução

Nos sistemas jurídicos que predominam no mundo, o direito judiciário, ou seja, as decisões judiciais proferidas pelos juízes, consideram as provas produzidas em juízo sobre o crivo do contraditório e da ampla defesa. No entanto, em alguns sistemas, predominam as provas produzidas em uma fase pré-processual. Assim, o presente artigo se debruça sobre a produção de provas pela parte e pelo seu advogado em uma fase antecedente ao processo judicial.

A escolha temática justifica-se pelo fato de o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ter publicado, em 2018, um provimento regulamentando o exercício pelo advogado da realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Justifica-se também pela nova legislação adjetiva civil tratar da Ata Notarial como meio de prova.

O problema que se apresenta como ponto de partida da investigação pode ser sintetizado nos seguintes termos: como as partes e os advogados podem preservar ou produzir provas em uma fase pré-processual no sistema jurídico brasileiro? Já a hipótese, nas seguintes palavras: o sistema jurídico brasileiro permite às partes e aos advogados produzirem qualquer prova, com exceção da obtida por meios ilícitos, e que a Ata Notarial é um meio seguro, legítimo e de fácil acesso para preservar ou pré-constituir provas.

Para o desiderato anteriormente apontado, investigou-se como a Constituição Federal e a legislação adjetiva administrativa, civil, trabalhista e penal, bem como a literatura especializada do direito, abordam a temática. A investigação também abordou como as partes e os advogados podem produzir provas na seara privada e por intermédio da Ata Notarial.

No primeiro capítulo, examinou-se a prova na Constituição Federal e na legislação adjetiva brasileira. Posteriormente, no segundo capítulo, o tema analisado foi o Provimento 188/2018 da OAB, que regulamentou o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias. Em referido capítulo, iniciou-se com o tratamento da questão da produção de provas na fase pré-processual pelo advogado no intuito de resolver lides na seara privada, bem como trazer mais celeridade na resolução das lides em juízo.

No terceiro capítulo, diante do direito assegurado a todos de produzir provas, pontuou-se que o advogado, no exercício de seu munus, tem à mão um instrumento público, legítimo e autêntico para produzir provas em favor de seu cliente, trata-se da Ata Notarial, um instrumento de grande valia como meio de prova para conservar ou

pré-constituir o direito, além de poder ser de ampla aplicação pelo advogado, que, amparado pelo Provimento 188/2018 da OAB, pode desencadear uma investigação privada para provar o direito de seu cliente, seja no intuito de solucionar um litígio, seja no intuito de produzir provas na defesa em juízo.

Ao final, concluiu-se que a Constituição Federal brasileira de 1988 (CF (LGL\1988\3)) e a legislação adjetiva administrativa, civil, trabalhista e penal são uníssonas no sentido de que é permitido produzir provas de toda e qualquer espécie, mas que a produção de provas em uma fase pré-processual pode ser utilizada pelas partes e pelos advogados no interesse de resolução de litígios sem a intervenção do Poder Judiciário.

#### 1.As provas na Constituição Federal e na legislação adjetiva brasileira

Carnelutti afirmou que prova é a veracidade de uma informação. Pode-se, então, afirmar que a prova é a significação daquilo que é autêntico (FARIAS, 2014, p. 583) ou “a representação de um fato e, por consequência, a demonstração da realidade” (FERREIRA; RODRIGUES, 2010, p. 71).

A CF (LGL\1988\3) pode ser considerada um marco no que diz respeito às garantias do direito ao contraditório e à ampla defesa. Afirma-se que, a partir de então, no Brasil, passou a existir um direito constitucional de defesa, já que o art. 5º, LV, da Magna Carta estabeleceu que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (FARIAS, 2014, p. 587).

Com a constitucionalização do direito de defesa, nasceu também o direito constitucional à produção de provas. Com efeito, o exercício do contraditório e da ampla defesa se realiza pelos meios e recursos e se perfectibiliza pela produção de provas pelas partes e pelos seus advogados. Nesse sentido, pode-se constatar, sem dúvidas, que, a partir da promulgação da Magna Carta brasileira, em 1988, se positivou “o direito constitucional à prova” (FARIAS, 2014, p. 587).

Os princípios constitucionais, em tal contexto, forçam a realização de uma “releitura axiológica do ordenamento a partir da concepção de princípios” (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2009, p. 31). Assim, no sistema jurídico brasileiro atual, como pressuposto lógico do sistema, ainda que haja papéis distintos dos envolvidos na lide (Juiz, Promotor e Advogado), todos possuem a obrigação, cada um em seu papel, de fazer valer os princípios constitucionais.

Logo, o direito de produzir provas deve ser considerado sob um vetor constitucional e nos termos dos princípios da Magna Carta. A CF (LGL\1988\3), no art. 5º, LVI, estabelece que não serão admissíveis “provas obtidas por meios ilícitos”. Destarte, a contrario sensu, todo tipo de prova lícita é admitida no sistema jurídico brasileiro (BRASIL, CF (LGL\1988\3), 1988).

Com isso em mente, a prova tarifada não é mais presente no sistema jurídico brasileiro, já que são permitidas todas as provas em direito admitidas e, se só não serão aceitas as provas obtidas por meios ilícitos, pode-se afirmar que é permitido todo e qualquer tipo de prova. E mais, não há hierarquia das provas (BRITO, 2005, p. 226).

Visto isso, indaga-se: qual a finalidade da prova? Ora, se a prova é a “demonstração ou descoberta de uma situação afirmada”, é, na realidade, a demonstração da reconstrução de fatos passados no intuito de comprovar a “existência efetiva de determinada situação que já aconteceu” (FARIAS, 2014, p. 584).

Nesse ponto, curial ressaltar que o julgamento pelos juízes diz respeito ao passado, ou seja, o juiz se debruça no que já ocorreu ao proferir seu veredito aplicando as normas vigentes ao tempo do fato. O juiz, via de regra, decide “em espécie”, ou seja, relativo a fatos passados (MAXIMILIANO, 2000, p. 176).

Enfim, sobre a finalidade da prova, confira-se:

"[...] serve a prova, assim, como fundamento, como lastro necessário para a demonstração de determinadas situações (existência ou não de um contrato, por exemplo) e de deliberação sobre determinados acontecimentos (decisão judicial resolvendo o conflito de interesses) [...]." (FARIAS, 2014, p. 584)

Busca-se, portanto, a reconstrução possível de fatos passados para demonstrar a existência ou não do acontecido para que, posteriormente, se possa deliberar sobre o litígio. Note-se que não se pode olvidar que é impossível reconstruir a verdade real, já que a prova serve "como modo de persuasão a partir da reconstrução de fatos de acordo com as (humanas) percepções" (FARIAS, 2014, p. 598).

Nesse diapasão, para a reconstrução possível de fatos passados no direito administrativo, civil, trabalhista e penal, grosso modo, perpassa-se pela prova documental, pericial e testemunhal. A prova documental pode ser particular (produzida pela parte) ou pública (produzida por um órgão público). Da mesma forma, a prova pericial pode ser produzida por um expert contratado pela parte (prova particular) ou por um perito judicial designado pelo juízo que processa o litígio (prova judicial). Enfim, as provas podem ser obtidas pelo depoimento pessoal das partes, pela confissão e pelo testemunho de pessoas (FERREIRA; RODRIGUES, 2010, p. 75).

No que diz respeito à prova e à sua produção pela parte ou pelo seu advogado, pode ocorrer em uma fase pré-processual, de forma privada, ou em juízo, por intermédio de uma ação cautelar de produção antecipada de provas (ad perpetuam rei memoriam), ou na fase processual, no litígio em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

É sabido que ao litigante cabe provar suas alegações, trata-se, pois, de um ônus. No processo administrativo, a Lei 9.784/1999 (LGL\1999\107), no art. 36, estabelece que "cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado" (BRASIL, LPADM, 1999). O art. 373 do Código de Processo Civil vigente (CPC (LGL\2015\1656)) também é no mesmo sentido ao dispor que: "[...] o ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor [...]" (BRASIL, CPC (LGL\2015\1656), 2015).

Igualmente, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT (LGL\1943\5)) é na mesma perspectiva, pois é expressa em distribuir o ônus da prova. Confira-se o disposto no art. 818: "[...] o ônus da prova incumbe: I – ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante [...]" (BRASIL, CLT (LGL\1943\5), 1943).

Por fim, na legislação adjetiva penal, o art. 156 do Código de Processo Penal (CPP (LGL\1941\8)) é no sentido de que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer (BRASIL, CPP (LGL\1941\8), 1941). Destarte, em juízo, a parte deve provar, no interesse de influenciar o resultado da demanda, as alegações constitutivas, modificativas ou impeditivas do direito em litígio. Nesse ponto, é curial salientar que de nada serve ao processo como instrumento probatório a alegação infundada, sem lastro em provas lícitas e colhidas na forma da lei adjetiva. Quando isso ocorre (alegação sem lastro probatório), aplica-se o antigo adágio latino *allegatio et non probatio quasi non allegatio*.

É possível, então, afirmar que a produção de provas no sistema jurídico brasileiro pode ser pré-processual e processual, bem como o ônus de provar é determinado pela legislação adjetiva. No Brasil, as duas espécies de produção da prova são utilizadas; no entanto, a prova produzida em juízo, por vezes, pode ser demorada, o que pode acarretar lentidão na resolução da lide pelo Poder Judiciário.

Ora, é público e notório que os processos judiciais em trâmite perante o Poder Judiciário

são lentos devido, também, à alta litigiosidade do povo brasileiro. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), recentemente, publicou estudo pontuando que, no final de 2018, existiam em tramitação 78,7 milhões de processos sem solução. Demonstrando a litigiosidade do povo brasileiro, consta do mencionado relatório do CNJ que, “em média, a cada grupo de 100.000 habitantes, 11.796 ingressaram com uma ação judicial no ano de 2018” (BRASIL, CNJ, 2019, p. 79 e 84).

Conforme o estudo<sup>1</sup>, o tempo médio de processos pendentes é, “na fase de execução da Justiça Federal (8 anos e 1 mês) e da Justiça Estadual (6 anos e 2 meses)”, computando a média, resultante em “4 anos e 10 meses”<sup>2</sup>. Note-se que tal pesquisa considerou a justiça cível (federal e estadual), militar (federal e estadual), trabalhista e eleitoral, não levando em conta a justiça criminal, na qual, em média, os processos duraram “3 anos e 9 meses na fase de conhecimento”. A taxa de congestionamento do Poder Judiciário é, segundo o relatório, da ordem de “73% no 1º grau e 52% no 2º grau” (BRASIL, CNJ, 2019, p. 148-158 e 220).

Assim, as partes e os advogados devem colaborar para a duração razoável do processo. Sobre o tema (duração razoável do processo), trata-se de um mandamento constitucional, já que a CF (LGL\1988\3) estabelece que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, CF (LGL\1988\3), 1988).

Acerca da temática, confira-se a literatura especializada:

“[...] positiva-se, assim, no direito constitucional, orientação há muito perfilhada nas convenções internacionais sobre direitos humanos e que alguns autores já consideravam implícita na ideia de proteção judicial efetiva, no postulado da dignidade da pessoa humana e na própria ideia de Estado de Direito. A duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a ideia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana [...]” (MENDES; BRANCO, 2015. p. 405)

A razoável duração do processo, portanto, é uma imposição ao Poder Público, em especial ao Poder Judiciário, que deve primar pela efetividade dessa garantia constitucional. No entanto, é também um mandamento às partes e aos seus advogados, pois devem cooperar para a rápida solução do litígio, conforme previsto no art. 6º do novo CPC (LGL\2015\1656) ao dispor que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (BRASIL, CPC (LGL\2015\1656), 2015).

O dever de cooperação impõe aos sujeitos do processo uma atuação pautada na boa-fé objetiva no sentido de considerar como legítimas as expectativas estabelecidas por todos envolvidos na relação conflituosa. Há, portanto, um novo olhar sobre o diálogo processual, um novo dimensionamento. Assim, a participação dos envolvidos na relação litigiosa deverá ser de forma leal e com boa-fé, fornecendo ao julgador subsídios para que a decisão seja célere e justa.

Destarte, as partes e os advogados podem contribuir para a resolução rápida dos litígios com a não judicialização, bem como para a redução do tempo de duração dos processos já em juízo por meio da conciliação e mediação.

Todavia, o ponto fundamental para reduzir a litigiosidade, a judicialização, bem como fomentar e cumprir o princípio constitucional da razoável duração do processo, é a produção de provas na seara extrajudicial, ou melhor, na fase pré-processual. Vários são os meios para mencionada produção de provas, tema que será abordado no capítulo seguinte.

2.O Provimento 188, de 11 de dezembro de 2018, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

Prosseguindo no estudo, foi visto que há inúmeros processos judiciais em trâmite perante o Poder Judiciário e que as partes e seus advogados podem contribuir para que se atenda ao princípio da duração razoável do processo.

Nesse ponto, a produção de provas em uma fase pré-processual pode reduzir o tempo de tramitação dos processos, já que, sendo uma produção nos ditames da legislação e obtida de forma lícita, não seria necessário produzi-la em juízo e, assim, encurtaria o trâmite da instrução processual.

Mas não é só. Com efeito, tal procedimento pelas partes e pelos advogados poderia impedir a propositura de demandas perante o Poder Judiciário, visto que, obtendo as provas de seu direito, a parte e o seu advogado poderiam tentar meios alternativos de resolução de conflitos.

O Poder Judiciário brasileiro, na última década, fomentou e continua a fomentar políticas públicas de desjudicialização, conciliação e mediação para a solução dos litígios. Sobre tais políticas, o CNJ editou e publicou não apenas Resoluções, mas também Provimentos para incentivar a não judicialização e a solução de litígios por métodos alternativos.

O CNJ, dessa maneira, por meio da Resolução 125/2010, fomentou uma "Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário" (BRASIL, CNJ, Res. 125/2010). Já o Provimento CNJ 67/2018 (LGL\2018\2410) dispôs "sobre os procedimentos de conciliação e de mediação nos serviços notariais e de registro do Brasil" (BRASIL, CNJ, Prov. 67/2018). Por sua vez, o Provimento CNJ 72/2018 (LGL\2018\5795) apresentou "medidas de incentivo à quitação ou à renegociação de dívidas protestadas nos tabelionatos de protesto do Brasil" (BRASIL, CNJ, Prov. 72/2018).

Portanto, se a parte e seu advogado possuem em mãos provas produzidas legitimamente que embasem seus direitos, pode-se resolver a lide diretamente com os envolvidos mediante uma conciliação ou mediação perante os serviços extrajudiciais (cartórios).

Corroborando a política pública em comento, a reforma trabalhista, ocorrida em 2017, propicia à parte e ao seu advogado resolverem o litígio laboral diretamente, já que a CLT (LGL\1943\5) estabelece que é possível, em procedimento de jurisdição voluntária, homologar um acordo formulado extrajudicialmente. Confirma o disposto no art. 855-B da CLT (LGL\1943\5): "O processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado" (BRASIL, CLT (LGL\1943\5), 1943).

Na seara civil, não é diferente, pois a Lei dos Juizados Especiais<sup>3</sup> estabelece que será título executivo judicial o acordo extrajudicial homologado judicialmente. O novo CPC (LGL\2015\1656) tem disposição semelhante no mesmo sentido<sup>4</sup>. Ademais, na seara processual penal, também há avanços. A título de exemplo, a Lei de Crime Organizado<sup>5</sup> estabelece que a Autoridade Policial e o Ministério Público podem celebrar acordo com o investigado antes mesmo de intentada a ação penal.

Assim, pelo que se nota da legislação cível, trabalhista e penal, há o fomento da resolução do conflito na seara privada por métodos alternativos de resolução de conflito, o que, sem dúvidas, revela a importância de que a parte e o seu advogado produzam provas na fase pré-processual.

No entanto, ainda que a lide não seja resolvida na seara privada e a parte necessite judicializar a questão perante o Poder Judiciário, a produção de provas pré-constituídas e legítimas tem sua valia, já que, estando em poder de elementos que embasem seu direito, se pode conciliar ou mediar a questão diante dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) ou perante o Juiz, pois é uma<sup>6</sup> obrigação a ele imposta sempre tentar conciliar as partes.

Mas o certo é que, seja pela conciliação, pela mediação extrajudicial/judicial, seja pelo julgamento da causa pelo Poder Judiciário, a duração do litígio (extrajudicial ou judicial) será menor com as provas pré-constituídas pela parte e pelo seu advogado.

É sabido que, no sistema constitucional e processual brasileiro, vige a máxima da liberdade na produção das provas, havendo somente a vedação das provas obtidas por meios ilícitos. Note-se que a produção de provas na fase pré-processual não foi esquecida pelo constituinte brasileiro, uma vez que, no art. 5º, XXXIII e XXXIV, da CF (LGL\1988\3), é permitido ao cidadão o acesso a informações públicas, bem como a certidões para a defesa de direitos (FERREIRA; RODRIGUES, 2010, p. 71-72).

Regulamentando os referidos dispositivos constitucionais, a Lei de Acesso à Informação tornou mais clara tal produção de provas na seara pré-processual. Com efeito, o art. 5º da lei expõe claramente que o acesso não pode ser burocratizado, ou seja, deve ser facilitado, pois “é dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão”. Ademais, o acesso deve ser independente de fundamentação, pois o art. 10, § 3º, dispõe que “são vedadas quaisquer exigências relativas aos motivos determinantes da solicitação de informações de interesse público” (BRASIL, LA, 2012).

Como meio de prova para a tutela de direitos, o art. 21 da lei afasta quaisquer dúvidas no sentido de que a parte ou o seu advogado poderá ter acesso à informação necessária, já que:

“[...] não poderá ser negado acesso à informação necessária à tutela judicial ou administrativa de direitos fundamentais. Parágrafo único. As informações ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violação dos direitos humanos praticada por agentes públicos ou a mando de autoridades públicas não poderão ser objeto de restrição de acesso.” (BRASIL, LA, 2012)

Nesse diapasão, pode-se afirmar que a produção de provas fora da seara judicial é a regra, uma vez que “o direito se realiza mais pelos negócios jurídicos, na sua forma instrumental, produzidos pelos particulares, e com fé pública, pelos notários, do que por suas decisões jurisdicionais” (FERREIRA; RODRIGUES, 2010, p. 71-72).

Mas não é só, a produção de provas pela parte e pelo seu advogado na fase pré-processual ou, como se diz, na seara privada, também tem o condão de esclarecer os fatos. Ora, tal produção de provas assume grande relevo quando, invariavelmente, a prova produzida pela parte adversa e pelo Estado somente ampara o direito pleiteado, ou seja, não traz à luz a completude dos fatos ocorridos, porque a prova tinha um limite, o de acusar, de comprovar o direito que pretende pleitear.

Nesse sentido, a produção de provas pela parte e pelo advogado, em uma fase pré-processual, é de extrema relevância para o correto esclarecimento dos fatos. Confira-se:

“[...] na investigação defensiva, que se desenvolve totalmente independente da investigação pública, cabe ao defensor traçar a estratégia investigatória, sem qualquer tipo de subordinação às autoridades públicas, devendo apenas respeitar os critérios constitucionais e legais de obtenção de prova, para evitar questionamentos acerca da sua licitude e do seu valor [...]” (MACHADO, 2009, p. 32)

Assim, a produção de provas pela parte e seu advogado tem inúmeros benefícios. Com efeito, traz maior profundidade à investigação do fato, pois não ficará à mercê das provas produzidas pelo Estado ou pela parte adversa e só sobre elas debater o deslinde da causa. A antecipação da produção de provas (fase pré-processual) fixa, liminarmente, o objeto da demanda, já que antecipa as questões fáticas e jurídicas convenientes à discussão do litígio (OLIVEIRA, 2004, p. 21-24).

Note-se que, na seara penal, quando investigação preliminar é realizada somente pela Autoridade Policial e pelo Ministério Público, o objeto da investigação é a obtenção de elementos para sustentar uma acusação. Ora, se o foco é somente esse, durante a investigação, acaba-se:

"[...] prejudicando a pessoa suspeita, tendo em vista o risco de desaparecerem informes importantes para a sua defesa e demonstração de sua inocência. Decorre daí, a preocupação em abrir para o investigado a possibilidade de investigação privada, como já sucede nos Estados Unidos." (FERNANDES, 2002, p. 13)

Confira-se o seguinte excerto sobre a produção de provas pela parte ou por seu advogado na tutela da defesa:

"[...] o que muito pesa, porém, em favor de uma regulamentação já, entre nós, de direitos investigatórios da defesa, é fato de que aqui o Ministério Público tem investigado, mas, para acusar, sem qualquer comprometimento, por força de lei, com os interesses da defesa, e por isso mesmo completamente à revelia dela, à qual não é garantida sequer a faculdade de requerer diligências [...]." (SOUZA, 2004)

Portanto, a produção de provas pela parte e pelo advogado na fase pré-processual é um direito que se extrai da CF (LGL\1988\3), pois é garantido todo meio de prova, ou seja, o direito de produzir provas, "antes de tudo, deve ser atividade aberta à iniciativa, participação e controle dos interessados no provimento jurisdicional" (GOMES FILHO, 1997, p. 85).

Assim, tem-se, sem dúvidas, que o Provimento 188/2018 da OAB é um grande avanço na produção de provas pré-processuais pelo advogado, tratando-se de verdadeiro exercício do direito de defesa de seu cliente.

O mencionado provimento "regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais" (OAB, 2018). O provimento é claro e contundente no sentido de orientar o advogado a tutelar o direito de seu cliente, visto que não deve mais ter posição passiva na lide, deve agir para fazer valer o direito em litígio<sup>7</sup>.

Trata-se de novidade no sistema jurídico brasileiro, mas não se pode deixar de enaltecer referida regulamentação. No entanto, o tema não é novo em muitos países. Há, mundo afora, previsão legal para a investigação defensiva pelo advogado. Com efeito, nos Estados Unidos da América (EUA), a título de exemplo do direito comparado, há leis federais e estaduais que legitimam a investigação pelo advogado. Ainda a título de exemplo, o "Código de Normas para a Administração da Justiça Criminal da Ordem dos Advogados dos EUA" (Standards for the Administration of Criminal Justice) estabelece que "o advogado de defesa deve conduzir uma pronta investigação das circunstâncias do caso, e explorar todas as vias que levem a fatos relevantes para o julgamento do mérito da causa e a aplicação da pena, no caso de condenação" (MELO; FARIA, 2019).

Poder-se-ia dizer que o modelo norte-americano não pode ser aplicado ao direito brasileiro. Todavia, após a Segunda Guerra Mundial, o sistema legal norte-americano passou a ter grande importância no mundo, gerando influência no direito constitucional, na forma de aplicação da doutrina e da jurisprudência, na metodologia da educação jurídica, bem como na reforma do judiciário. Houve, assim, um número elevado de sistemas que passaram a se assemelhar ou mesmo imitar o sistema em comento ou, de outro modo de apresentar o problema, não uma americanização, mas uma recriação da prática legal americana em sistemas não americanos (LANGER, 2004, p. 1-6).

Ainda do direito comparado, no direito italiano, historicamente mais próximo do direito brasileiro, a produção de provas pela defesa é permitida pela Constituição da República, já que os artigos 24, § 2º, e 111 estabelecem o direito de defesa, o direito de tempo e condições para que a parte possa produzir provas em seu favor e, por fim, a admissão



de todo e qualquer meio de prova. É permitido, desse modo, uma investigazioni difensive ou indagini difensive. O direito de produzir provas, no direito italiano, é do Estado e da parte, uma vez que se deve, necessariamente, ser admitida a investigação privada, pois a parte e o seu advogado têm o direito de colher e apresentar todo e qualquer tipo de provas em juízo. Enfim, atualmente, no direito italiano, a investigação defensiva é um direito em relação ao Estado e, para o advogado, um direito e dever (MACHADO, 2009, p. 112-114).

Assim, a produção de provas na fase pré-processual pelo advogado no interesse do seu cliente, prevista tanto na legislação norte-americana quanto na italiana, agora, no Brasil, tem sua regulamentação e, como visto, não se trata de uma simples transposição de institutos, mas uma criação do direito brasileiro legítimo e adequado ao sistema constitucional e processual brasileiro.

### 3.A ata notarial como meio de prova na fase pré-processual e processual

No sistema jurídico brasileiro, como já mencionado em linhas anteriores, aos litigantes é permitido provar suas alegações por todos os meios em direito admitidos. Trata-se, como se sabe, de um preceito constitucional (art. 5º, LV, da CF (LGL\1988\3)), pois em todo processo é garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa. Para tanto, é assegurado a todos o direito de produzir provas.

A produção de provas na fase pré-processual pelo advogado no interesse do seu cliente, como visto anteriormente, é regulamentada pelo Provimento 188/2018 da OAB e pode ser viabilizada por meio da Ata Notarial.

A Ata Notarial é um instrumento lavrado pelo Tabelião de Notas, um agente público delegado, "um profissional do direito investido da fé pública do Estado e que tem por atribuições interpretar, redigir e dar forma legal à vontade das partes, buscando a certeza jurídica por meio da atribuição de autenticidade aos atos e fatos que presencia" (FERREIRA; RODRIGUES, 2010, p. 13).

Assim, o Tabelião de Notas exerce um serviço público em nome do Estado, pois este, nos termos do art. 236 da CF (LGL\1988\3), delegou a atividade do serviço extrajudicial. Tal atividade, nos termos da Lei 8.935/1994 (LGL\1994\70), é exercida em caráter privado; no entanto, não se deve esquecer que o serviço extrajudicial é orientado pelo princípio da legalidade e da moralidade, tal como o serviço público.

Entre os meios de prova, a Ata Notarial ganhou relevo na novel legislação adjetiva civil, ou seja, é meio legítimo para o exercício do contraditório e da ampla defesa. Referida ata não se trata de um documento particular, já que é lavrada por um Tabelião de Notas e, assim, goza de fé pública e presunção de veracidade.

Ao Tabelião de Notas foram delegadas, em síntese, as atribuições de lavrar Atas Notariais e Escrituras Públicas. Esta pode ser sintetizada em um instrumento que "envolve toda e qualquer manifestação da vontade em que procure constituir direitos". De outro lado, aquela (Ata Notarial) é "toda e qualquer constatação de fatos" (FERREIRA; RODRIGUES, 2010, p. 15), conforme preceitua o art. 6º, III, da Lei 8.935/1994 (LGL\1994\70), que dispõe: "Art. 6º Aos notários compete: [...] III – autenticar fatos" (BRASIL, LC, 1994).

Assim, para a produção de provas pelas partes e pelos advogados, a Ata Notarial é de grande importância, tanto é que o art. 384 do novo CPC (LGL\2015\1656) enalteceu mencionado instrumento como meio de prova.

Confira-se o dispositivo do novel código:

"Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos

eletrônicos poderão constar da ata notarial.” (BRASIL, CPC (LGL\2015\1656), 2015)

Portanto, o que outrora era uma praxe extrajudicial e judicial, com o novo CPC (LGL\2015\1656), passou a ser uma prova plena e reconhecida pelo legislador, não podendo ser recusada pelas partes ou pelo julgador.

Mas o que seria uma Ata Notarial? Para espancar quaisquer dúvidas sobre referido instrumento, uma vez que não há definição na legislação aplicável à espécie, confira-se:

“[...] Ata notarial é o instrumento público pelo qual o tabelião, ou proposto autorizado, a pedido de pessoa interessada, constata fielmente os fatos, as coisas, pessoas ou situações para comprovar a sua existência ou o seu estado [...]” (FERREIRA; RODRIGUES, 2010, p. 191)

Definido o instrumento, ressalta-se que a Ata Notarial, como meio de prova, deveria ser mais presente no sistema jurídico brasileiro. Com efeito, a mencionada ata tem prevalência sobre os documentos particulares, pois tem presunção de veracidade e autenticidade ao ser lavrada por um tabelião em nome do Estado no exercício de uma atividade pública delegada.

No sentido da superioridade probante da Ata Notarial em face do documento particular: “[...] o documento público gera a presunção de autenticidade, que somente é destruída na hipótese de demonstração de sua falsidade. Já o documento particular, para ser autêntico, necessita do reconhecimento da parte contrária [...]” (FERREIRA; RODRIGUES, 2010, p. 89).

Poder-se-ia argumentar que a produção de provas por meio da lavratura de uma Ata Notarial restaria limitada aos processos cíveis, já que a previsão está no novo CPC (LGL\2015\1656). Sem razão tal objeção, pois não se pode interpretar uma legislação adjetiva de forma isolada, ou seja, deve-se considerar o sistema processual como um todo. Ora, o novo CPC (LGL\2015\1656) é o núcleo em torno do qual gravitam os demais ordenamentos processuais, inclusive o administrativo, trabalhista e processual penal.

O art. 15 do novo CPC (LGL\2015\1656) afasta a objeção em comento ao dispor que, “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente” (BRASIL, CPC (LGL\2015\1656), 2015).

Destarte, não se pode negar a aplicação da Ata Notarial aos processos administrativo, trabalhista e processual penal, visto que o novo CPC deve ser encarado como um novo movimento, “permeável, plástico e adaptável às novas exigências do ordenamento jurídico” (ZANETI JR, 2016, p. 458-462).

O estudo da temática revela que é possível aplicar os instrumentos previstos no novo CPC (LGL\2015\1656) ao direito administrativo, trabalhista e penal, porque tal norma adjetiva não é um sistema fechado. E mais, considerando que a norma adjetiva administrativa, trabalhista e penal faz parte da teoria geral do processo, há uma comunicabilidade dos institutos que propiciam coerência ao sistema jurídico brasileiro como um todo.

Corroborando o argumento lançado anteriormente, a Lei 9.784/1999 (LGL\1999\107), no art. 3º, III, estabelece ser direito do administrado produzir prova documental. Já o art. 38 de mencionada lei determina que o interessado no processo administrativo poderá produzir provas no exercício do contraditório e da ampla defesa (BRASIL, LPADM, 1999).

Ao direito penal também pode se extrair previsão legal que sustenta a assertiva da aplicação do novo CPC (LGL\2015\1656)<sup>8</sup>. Sobre o tema, a literatura especializada é no sentido de aplicação, ou seja, tal transposição de disposições da legislação adjetiva civil

para a penal é aceita. Confira-se:

"[...] a aplicação do CPC (LGL\2015\1656) ao processo penal será sempre residual como forma de controle de adequação, a regra da residualidade é negativa, não se aplica o CPC (LGL\2015\1656) se o CPP (LGL\1941\8) e os princípios e a lógica própria dos direitos penal e processual penal não permitirem [...]." (ZANETI JR, 2016, p. 458-462)

Já no processo trabalhista, a CLT (LGL\1943\5) estabelece, no art. 769, que, "nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título" (BRASIL, CLT (LGL\1943\5), 1943).

Assim, resta claro que a Ata Notarial é meio de prova válido no sistema jurídico brasileiro administrativo, trabalhista, civil e penal. E não seria diferente, pois a CF (LGL\1988\3) é dirigente<sup>9</sup> em admitir todo e qualquer tipo de prova, exceto as obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI). Portanto, a Ata Notarial pode ser considerada um meio lícito de produção de provas pela parte litigante ou pelo seu advogado em todas as áreas do direito.

Prosseguindo no estudo, aborda-se doravante a questão da utilidade da Ata Notarial. Já foi mencionado que a legislação adjetiva brasileira (administrativa, civil, trabalhista e penal) admite todo tipo de prova, exceto as provas obtidas por meios ilícitos. Foi visto também que as provas podem ser documental, pericial e testemunhal.

No que concerne a esta última (testemunhal), a praxe judicial demonstra que é largamente utilizada. É, por muitos, chamada de prova por excelência, pois um fato é um trecho da realidade e, assim, só pode ser reconhecida por outro ser vivo.

A prova testemunhal é fundamental para a comprovação do crime no direito processual penal. No direito processual civil, atesta ou não ou cumprimento de um contrato e, na seara trabalhista, quase que a totalidade das demandas em juízo, atesta a violação dos direitos laborais, tais como o não pagamento de horas extras e, por muitas vezes, o próprio vínculo laboral mediante a comprovação do trabalho pessoal, habitual, remunerado e subordinado.

Logo, como a prova testemunhal é largamente utilizada em juízo, é possível afirmar que sua coleta pode contribuir para a demora na resolução do litígio, já que é uma prova cercada de rituais e leva certo tempo para ser produzida. Nesse aspecto, a confissão da parte ou o depoimento da testemunha poderiam ser colhidos antes mesmo de se intentar uma ação judicial, ou seja, a parte e o seu advogado podem se antecipar e produzir tal prova em uma fase pré-processual mediante o atestado de uma Ata Notarial.

Nesse sentido:

"[...] uma das partes, ou ambas, por meio de ata notarial, podem desejar depor pessoalmente perante o tabelião (por motivos diversos, como, por exemplo, uma ausência prolongada ou uma intervenção cirúrgica com o risco de vida) [...] a prova testemunhal também pode ser produzida por ata notarial de presença e declaração, advertido de que está sujeito à responsabilidade civil e penal." (FERREIRA; RODRIGUES, 2010, p. 78)

Assim, a confissão, o depoimento pessoal e o testemunho colhido pelo tabelião são uma prova com fé pública que goza de veracidade e autenticidade. Com efeito, a Ata Notarial lavrada em tais hipóteses torna provadas: "a) a presença da parte perante o tabelião; b) a capacidade da parte; c) a qualificação da parte, quando o tabelião verificá-la por documentos públicos; d) a autenticidade das declarações constantes do ato notarial" (FERREIRA; RODRIGUES, 2010, p. 79).

Enfim, a Ata Notarial é instrumento que pode preservar direitos, prevenir litígios, resolvê-los quando a prova pré-constituída é apresentada em uma conciliação e

mediação extrajudicial ou judicial. E mais, a Ata Notarial é relevante meio de prova para ser reconhecida e valorada pelo juiz no julgamento da lide.

Após a análise anterior, é necessário apontar qual a aplicação prática de referido instrumento probatório. Como se sabe, a Ata Notarial tem função precípua de constatação de fatos, diversa, dessa forma, da função da escritura pública, que tem o condão de “constituir, modificar ou extinguir direitos” (FERREIRA; RODRIGUES, 2010, p. 15-16).

Foi visto anteriormente que os fatos ocorridos são reconstruídos, na medida do possível, pelas partes e pelos advogados no interesse da resolução de litígios. Há, portanto, um desafio, pois alguns fatos se perdem no tempo e dificilmente podem ser comprovados no futuro. Assim, a Ata Notarial pode ser instrumento valioso e hábil para preservar a prova da ocorrência do fato, porque “é uma das provas mais robustas do direito pátrio, já que a seu favor milita a presunção legal de veracidade” (FERREIRA; RODRIGUES, 2010, p. 16-17).

A produção de provas por meio da Ata Notarial é ampla, como “o depoimento pessoal de uma testemunha em perigo de vida ou a infração à propriedade intelectual cometida por meio de uma página na internet”. Comumente, são lavradas, pelo Tabelião de Notas, atas de notoriedade, de presença e declaração, de constatação em diligência, de notificação, de autenticação eletrônica etc. (FERREIRA; RODRIGUES, 2010, p. 150).

A ata de notoriedade tem o condão de comprovar os apelidos da pessoa humana, a capacidade civil e outros interesses do cidadão para fazer prova. Com efeito, o “tabelião constata o fato por meio de verificação de documentos oficiais ou particulares ou ainda por intermédio da presença e testemunho de terceiros visando declarar uma situação notória de interesse do solicitante” (FERREIRA; RODRIGUES, 2010, p. 151).

Já a ata de presença e declaração pode ser utilizada para coleta de um depoimento ou testemunho. Na espécie, o “tabelião narra fielmente, em linguagem jurídica, a declaração do interessado sobre um fato ou acontecimento” (FERREIRA; RODRIGUES, 2010, p. 151-160). Note-se que, se a declaração é sobre fatos próprios, é configurada uma confissão. Por outro lado, se é sobre fatos de terceiros, consiste em um depoimento.

A ata de constatação em diligência pode ser instrumento para as mais diversas formas de preservar a memória de fatos. No caso, o tabelião se dirige ao local determinado pelo solicitante e constata o fato solicitado, por exemplo, o conteúdo de um cofre ao ser aberto ou, ainda, o espelhamento de um disco rígido (hard disk) para a preservação de seu conteúdo que será objeto de perícia forense.

Por sua vez, a ata de inspeção pode suprir a necessidade de o Juiz ter que realizar uma Inspeção Judicial prevista na legislação adjetiva brasileira. Na espécie, o tabelião “constata o estado de uma coisa, como um imóvel, produto, equipamento, automóvel ou qualquer outra coisa” (FERREIRA; RODRIGUES, 2010, p. 151-160).

No que concerne à ata de autenticação eletrônica, pode-se afirmar que é de grande importância no cenário atual de revolução tecnológica. Há, assim, em certos casos, a necessidade de fazer provas de situações ocorridas por e-mail, dados digitais e conteúdo de internet (FERREIRA; RODRIGUES, 2010, p. 160).

Destarte, a Ata Notarial tem ampla aplicação e grande utilidade na produção de provas<sup>10</sup>. Corroborando tal assertiva, foi realizada uma pequena pesquisa empírica em um Tabelião de Notas do Distrito Federal<sup>11</sup> com Atas Notariais mais recentes. Uma das atas analisadas foi lavrada no intuito de comprovar que uma Jurada participou de um julgamento que não podia. O solicitante pleiteou que fosse atestado, em ata, que a Jurada possuía perfil no Facebook, onde teria se manifestado contra o advogado de defesa que participou do julgamento do Júri<sup>12</sup>.

Em outra Ata Notarial, o solicitante pleiteou ao tabelião que atestasse conversa em rede social (WhatsApp) sobre a celebração de um contrato, bem como o descumprimento das condições avençadas. Em outro caso de Ata Notarial, o solicitante pleiteou ao tabelião que se dirigisse a um imóvel e atestasse as condições e o estado de conservação, bem como se estava ocupado ou desocupado para fins de produzir provas em juízo. Várias Atas Notarias de constatação de postagem nas redes sociais Instagram e Facebook, além de várias Atas Notarias de preservação de publicações de notícias em meios de comunicação digitais (páginas na internet de jornais correntes).

Percebe-se, portanto, a variada e ampla aplicação da Ata Notarial como meio pré-processual de prova. É, assim, a Ata Notarial, um instrumento de grande valia para a parte e o seu advogado, pois é possível conservar ou pré-constituir uma prova de determinado fato juridicamente relevante.

Concluindo, a Ata Notarial pode ser um instrumento de ampla aplicação pelo advogado, que, amparado pelo Provimento 188/2018 da OAB, pode desencadear uma investigação privada para provar o direito de seu cliente, seja no intuito de solucionar um litígio, seja no intuito de produzir provas na defesa em juízo.

#### Considerações finais

O presente artigo se destinou a analisar como as provas produzidas em uma fase pré-processual podem ser úteis para o sistema jurídico brasileiro e, para tanto, se debruçou sobre a produção de provas pelos advogados nos termos do Provimento 188/2018 da OAB, além de analisar a Ata Notarial como meio de prova.

No primeiro capítulo, abordou-se a prova na Constituição Federal e na legislação adjetiva brasileira. Pontuou-se que a Magna Carta brasileira estabeleceu como princípio o direito ao contraditório e à ampla defesa, bem como permitiu que fosse produzido todo e qualquer tipo de provas, exceto as obtidas por meios ilícitos. De tal constatação, afirmou-se que houve a positivação do direito constitucional à prova.

Constatou-se que, diante das disposições constitucionais, não há mais a prova tarifada, pois se permitem tanto as provas legais quanto as não previstas na lei, desde que reputadas moralmente legítimas. Discorreu-se, ainda no primeiro capítulo, sobre a finalidade da prova (reconstrução de fatos passados), e que as provas podem ser documental, pericial e testemunhal, além de o ônus da prova recair a quem alega.

Pontuou-se que há uma lentidão no Poder Judiciário na resolução dos conflitos e que tal fato viola o princípio constitucional da duração razoável do processo, que é uma imposição ao Poder Público, mas também um mandamento às partes e aos seus advogados, visto que todos devem cooperar para a rápida solução do litígio.

No segundo capítulo, o tema analisado foi o Provimento 188/2018 da OAB, que regulamentou o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais.

Afirmou-se que a produção de provas na fase pré-processual pelo advogado tem o intuito de resolver lides na seara privada, bem como trazer mais celeridade na resolução das lides em juízo. Tanto na seara privada quanto na judicial, se o advogado produziu provas em uma fase anterior, há a possibilidade de resolução dos conflitos pela conciliação e mediação.

O sistema processual possui várias formas que legitimam o advogado a produzir provas antes mesmo de um processo judicial, tais como a liberdade de produção de provas prevista na Constituição Federal e a possibilidade de ter quaisquer informações no interesse da defesa de seu cliente (Lei de Acesso à Informação). O advogado, então, pode realizar a investigação defensiva, como no direito comparado (Estados Unidos da América e Itália). Concluiu-se, que, sem dúvidas, o provimento da Ordem dos Advogados do Brasil é um grande avanço na produção de provas pré-processuais pelo

advogado, tratando-se de verdadeiro exercício do direito de defesa de seu cliente.

No terceiro capítulo, diante do direito assegurado a todos de produzir provas, pontuou-se que o advogado, no exercício de seu munus, pode ter à mão um instrumento público, legítimo e autêntico para produzir provas em favor de seu cliente. Trata-se da Ata Notarial, um instrumento público lavrado por um Tabelião de Notas, que é um agente público delegado orientado pelo princípio da legalidade e da moralidade.

Ficou claro que, atualmente, a Ata Notarial, entre os meios de prova, ganhou relevo no art. 384 do novo CPC (LGL\2015\1656), que a enalteceu, pois doravante passou a ser considerada uma prova plena e reconhecida pelo legislador, não podendo ser recusada pelas partes ou pelo julgador. Note-se que a Ata Notarial, como meio de prova, tem a seu favor a presunção de veracidade e autenticidade (lavrada por um tabelião em nome do Estado e reconhecimento da legislação adjetiva civil como meio de prova legal), ou seja, diante de tais peculiaridades, sobressai-se sobre a prova particular.

Ainda, no capítulo terceiro, foi pontuado que, apesar de a Ata Notarial ter previsão na legislação adjetiva civil, sua aplicação deve ser ampla e irrestrita, ou seja, é meio lítico de prova na seara administrativa, civil, trabalhista e penal. Para corroborar tal assertiva, foram apresentadas inúmeras hipóteses de utilização da Ata Notarial com meio de prova, inclusive mediante uma pequena pesquisa empírica. Diante de tal confirmação, pode-se afirmar que a prova testemunhal poderia ser colhida antes mesmo de se intentar uma ação judicial, ou seja, a parte e o seu advogado podem se antecipar e produzir tal prova em uma fase pré-processual por intermédio do atestado de uma Ata Notarial.

Assim, a Ata Notarial é um instrumento de grande valia para a parte e o seu advogado como meio de prova para conservar ou pré-constituir o direito de seu cliente. Além disso, referido instrumento pode ser de ampla aplicação pelo advogado, que, amparado pelo Provimento 188/2018 da OAB, pode desencadear uma investigação privada para provar o direito de seu cliente, seja no intuito de solucionar um litígio, seja no intuito de produzir provas na defesa em juízo.

Concluindo o presente estudo, constata-se que a Constituição Federal e a legislação adjetiva administrativa, civil, trabalhista e penal são uníssonas no sentido de que é permitido produzir provas de toda e qualquer espécie, mas que há uma produção larga em juízo, não havendo uma produção de provas em uma fase pré-processual no interesse de resolução de litígios sem a intervenção do Poder Judiciário.

É possível afirmar que, infelizmente, a Ata Notarial é pouco utilizada pelos advogados no sistema brasileiro, bem como os métodos alternativos de resolução de conflito, pois o profissional do direito é formado para litigar, e não para conciliar e mediar. Enfim, foi apresentado, no presente estudo, que a parte e o seu advogado podem produzir provas em uma fase antecedente ao processo judicial, podendo, inclusive, em poder das provas pré-constituídas e legitimadas por uma Ata Notarial, conciliar e mediar perante os Serviços Extrajudiciais (cartórios), os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) ou, ainda, perante o Juiz durante a instrução do feito. Nesse sentido, espera-se que tanto as partes como os advogados, amparados pelo Provimento 188/2018 da OAB, produzam provas no interesse de seus direitos e, assim, viabilizem a resolução rápida e célere dos litígios.

Inicialmente, apresentaram-se o problema de pesquisa e uma hipótese. Ao final do presente artigo, pode-se concluir que a hipótese restou confirmada, já que a Constituição Federal e a legislação adjetiva administrativa, civil, trabalhista e penal permitem a todos os litigantes produzirem provas na tutela de seus direitos. Ademais, confirmou-se que a Ata Notarial, apesar de pouco utilizada pelos advogados no sistema brasileiro, é um instrumento de grande valia para a parte e o seu advogado como meio de prova para conservar ou pré-constituir o direito de seu cliente.

Referências

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Augusto. Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetivação da sanção. São Paulo: Ed .RT, 2009.

BRASIL. CNJ. Justiça em números 2019, 2019 Disponível em: [www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\_em\_numeros20190919.pdf]. Acesso em: 05.11.2019.

BRITO, Ana Maria Duarte Amarante. Lições de processo civil: processo de conhecimento. Brasília: Fortium, 2005.

CANOTILHO, José Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A prova ilícita no processo civil das famílias a partir do garantismo constitucional. In: JUSTO, A. Santos. Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FERNANDES, Antonio Scarance. Rumos da investigação no direito brasileiro. Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, n. 21, ano V, jul.-set. 2002.

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. Ata notarial: doutrina, prática e meio de prova. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Ed. RT, 1997.

LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. Harvard International Law Journal, v. 45, n. 1, Winter 2004.

MACHADO, André Augusto Mendes. A investigação criminal defensiva. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: [www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre\_Augusto\_Mendes\_M] Acesso em: 06.11.2019.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MELO, Valber; FARIA, Fernando Cesar de Oliveira. A investigação defensiva pelo advogado como concreção de direitos fundamentais. Disponível em: [www.abracrim.adv.br/artigos/a-investigacao-defensiva-pelo-advogado-como-concrecao-de-direitos-fur] Acesso em: 06.11.2019.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2015.

OAB. Provimento 188, de 11 de dezembro de 2018, da Ordem dos Advogados do Brasil: Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Disponível em: [https://deob.oab.org.br/pages/materia/19]. Acesso em: 06.11.2019.

OLIVEIRA, Francisco da Costa. A defesa e a investigação do crime. Coimbra: Almedina, 2004.

SOUZA, José Barcelos de. Poderes da defesa na investigação e investigação pela defesa. Disponível em: [https://iamg.org.br]. Acesso em: 09.11.2019.

ZANETI JR., Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. Salvador: JusPodivm, 2016.

1 Dados colhidos até 31.12.2018.

2 O CNJ reconhece limitações metodológicas e distorções quanto ao resultado da pesquisa (BRASIL, CNJ, 2019, p. 148-158).

3 O art. 57 da Lei 9.099/95 dispõe que: "O acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado, no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial".

4 O art. 515, III, do novo CPC dispõe que: "São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] II – a decisão homologatória de autocomposição judicial [...]".

5 O art. 4º da Lei 12.850/2013 estabelece que: "O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal [...] § 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador [...]".

6 No direito processual civil, o art. 139, V, do novo CPC estabelece: "O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] V – promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais [...]". Já no direito processual do trabalho, o art. 764 da CLT dispõe: "Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação". No direito penal, os bens envolvidos, na maioria das vezes, não são disponíveis, razão pela qual não são passíveis de conciliação. No entanto, quando disponíveis, devem ser objeto de medidas despenalizadoras e conciliação. A título de exemplo, a Lei 9.099/95 possibilita a realização de Transação Penal (art. 76) e de Suspensão Condicional do Processo (art. 89), o que se traduz em um acordo processual. De outro lado, o CPP estabelece, no art. 520, que, nos crimes contra a honra, haverá sempre a possibilidade de acordo ao dispor que, antes de receber a queixa, o juiz oferecerá às partes oportunidade para se reconciliarem.

7 Os artigos 1º e 2º do provimento em comento são elucidativos. Confira-se: "Art. 1º Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte. Art. 2º A investigação defensiva pode ser desenvolvida na etapa da investigação preliminar, no decorrer da instrução processual em juízo, na fase recursal em qualquer grau, durante a execução penal e, ainda, como medida preparatória para a propositura da revisão criminal ou em seu decorrer [...]" (OAB, 2018).

8 O art. 3º do Código de Processo Penal (CPP) dispõe que: "a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito" (BRASIL, CPP, 1941).

9 Trata-se da terminologia utilizada por José Gomes Canotilho no sentido de que a Constituição Dirigente é um instrumento de imposição e direção totalizantes da ação do legislador (1994).



10 Os exemplos de aplicação da Ata Notarial como meio de produzir provas são apenas um indicativo, pois há inúmeras possibilidades, tais como: “[...] 1. Constatação de diálogo telefônico em sistema de viva-voz; 2. Constatação de fatos na rede de comunicação de computadores Internet; 3. Constatação de uso indevido de fotografias; 4. Constatação de conformidade de páginas digitais com páginas de papel; 5. Constatação de textos ofensivos (calúnia, injúria e difamação); 6. Constatação de uso indevido de logotipos, nomes comerciais, etc.; 7. Constatação da divulgação de animações, vídeos e outros filmes protegidos por direitos autorais (You-Tube); 8. Constatação do uso e disponibilização indevida de música (MP3); 9. Constatação de textos em vernáculo diferente do nacional (inglês, espanhol, etc); 10. Constatação de conteúdo de sites que proporcionam encontros e localização de pessoas (Orkut); 11. Gravação de arquivos digitais em disco compacto (download); 12. Constatação de código fonte de site; 13. Constatação da existência de mensagens eletrônicas via webmail; 14. Constatação da existência e capacidade civil de uma pessoa natural. 15. Atestado de vida (para o INSS); 16. Constatação declarativa; 17. Declarações sobre fatos presenciados por terceiros ou que teve conhecimento; 18. Declarações de estado civil e de ausência de impedimento ao casamento (para os Consulados); 19. Declaração de herdeiros legais (para as seguradoras); 20. Declaração de residência; 21. Constatação de assembleia societária; 22. Constatação da existência de mensagens eletrônicas ( e-mail), bem como seu cabeçalho; 23. Constatação de abertura forçada de cofre bancário; 24. Constatação de transmissão e exibição de programa televisivo; 25. Constatação de demissão funcional (para evitar alegações de danos morais); 26. Constatação de vacância de imóvel alugado; 27. Constatação do abandono de imóvel alugado; 28. Constatação da negatória de autoria e aposição de rubricas ou assinaturas em documentos; 29. Autenticação de associação e declaração de idoneidade moral (para licitações); 30. Constatação do estado de envelope lacrado não apreciado em licitação; 31. Constatação de projeto sigiloso e atribuição de autoria (propriedade industrial); 32. Constatação da existência de documentos, filmes, propagandas, programas e declarativa de autoria para preservação dos direitos de autor (propriedade intelectual); 33. Constatação da duplicação e transferência de dados constantes num disco rígido (HD) para outro disco rígido (HD), bem como a geração do hash; 34. Constatação da devolução de chaves de imóvel alugado; 35. Constatação e fatos por meio da internet e por meio de programa de informática próprio (detalhamento do documento); 36. Constatação da lacração de computador portátil (notebook); 37. Constatação da existência de mensagem de texto em telefone móvel celular; 38. Constatação da existência de mensagem de voz em telefone móvel celular; 39. Constatação da existência de arquivos eletrônicos; 40. Constatação da divulgação de folhe (folder) publicitário (direito de imagem, propaganda enganosa, etc.); 41. Constatação do recebimento ou entrega de coisa. 42. Constatação da existência de utensílios mobiliários e objetos similares em imóvel; 43. Constatação do uso da imagem de uma pessoa notória em estabelecimento comercial; 44. Constatação da compra de produto em estabelecimento comercial; 45. Constatação da existência de dados constantes em discos compactos (CD); 46. Constatação da existência de mensagens eletrônicas no Messenger (programa de convívio social na internet); 47. Constatação de funcionamento regular de linha telefônica, etc.” (FERREIRA; RODRIGUES, 2010, p. 170-172).

11 1º Ofício de Notas, Registro Civil e Protesto de Títulos do Núcleo Bandeirante-DF.

12 A título de informação, ao Jurado são aplicadas as regras de impedimento, suspeição e incompatibilidades dos juízes togados (art. 448, § 2º, do Código de Processo Penal).