

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO**

FREDERICO GERALDO CLEMENTINO

**PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS SEM URGÊNCIA NO NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015)**

ORIENTADOR: CAMILO ZUFELATO

RIBEIRÃO PRETO

2015

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO**

FREDERICO GERALDO CLEMENTINO

**PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS SEM URGÊNCIA NO NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015)**

ORIENTADOR: CAMILO ZUFELATO

RIBEIRÃO PRETO

2015

FREDERICO GERALDO CLEMENTINO

**PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS SEM URGÊNCIA NO NOVO
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015)**

Trabalho apresentado à Faculdade de Direito
de Ribeirão Preto da Universidade de São
Paulo – USP para obtenção de aprovação na
disciplina DFB9001 “Trabalho de Conclusão
de Curso”

Área de Concentração: Direito Processual
Civil

Orientador: Camilo Zufelato

Ribeirão Preto

2015

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Clementino, Frederico Geraldo

Produção antecipada de provas sem urgência no novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015). Ribeirão Preto, 2015.
154 p.; 30 cm

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentada à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto/USP.

Orientador: Zufelato, Camilo.

1. Processo civil. 2. Produção antecipada de provas sem urgência. 3. Novo Código de Processo Civil (Lei nº13015 de 16 de março de 2015).

Nome: Frederico Geraldo Clementino

**Título: Produção antecipada de provas sem urgência no novo Código de Processo Civil
(Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015)**

**Trabalho apresentado à Faculdade de
Direito de Ribeirão Preto da Universidade
de São Paulo – USP para obtenção de
aprovação na disciplina DFB9001
“Trabalho de Conclusão de Curso”**

Aprovado em:

Banca examinadora:

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Nota: _____

Assinatura: _____

Prof. Dr. _____

Instituição: _____

Nota: _____

Assinatura: _____

Aos meus pais e a ela.

AGRADECIMENTOS

À minha família que me apoiou incondicionalmente durante toda a minha vida, e sem a qual certamente não conseguiria chegar até aqui.

Ao Professor Doutor Camilo Zufelato que me introduziu no fascinante tema desse estudo e me deu a honra de ser por ele orientado. Agradeço pela confiança em mim depositada para a condução deste trabalho, e por toda a paciência que teve comigo durante o seu desenvolvimento.

À Gabriela Barroso de Queiroz Davoli por toda paciência, compreensão, carinho e amor, e por me ajudar muitas vezes a achar soluções quando elas pareciam não existir. Sem você a estrada teria sido mais tortuosa e solitária.

Aos verdadeiros amigos que se fizeram presentes em todos os momentos de minha vida, lembrando-me que somos amigos para dividir os sofrimentos e multiplicar as alegrias de viver.

À todos os professores que me ensinaram, incentivaram e ajudaram, direta ou indiretamente, contribuindo para que eu pudesse crescer não apenas academicamente, mas como pessoa. Serei eternamente grato a vocês, meus eternos mestres.

RESUMO

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) passou a admitir a antecipação de provas mesmo quando não existir risco para a sua produção em momento ulterior e adequado dentro do processo de conhecimento no qual ela supostamente poderia ser utilizada. Trata-se de um instituto processual que não encontra paralelo nas legislações precedentes e que deve ser devidamente estudado e compreendido pela doutrina nacional. O presente trabalho teve como objetivo estudar essa novidade, e para isso, foi realizada um levantamento bibliográfico e jurisprudencial sobre o tema e, a partir daí, foram feitas analogias e deduções com o intuito de desvendar o novo instituto. O estudo resultou em um panorama sobre a produção antecipada de provas sem urgência, sendo abordados os seguintes temas: (a) premissas básicas para a sua compreensão; (b) evolução da produção antecipada de provas do Código de Processo Civil de 1973 até a nova legislação; (c) deveres que devem ser observados na produção antecipada de provas sem urgência; (d) hipóteses legais de cabimento da medida; (e) momento temporal, em relação ao processo de conhecimento, no qual deve ocorrer a antecipação da prova; (f) como requerer, formalmente, o início de um procedimento destinado a antecipação da prova; (g) ação probatória autônoma nos seus mais variados aspectos; (h) antecipação incidental da prova; (i) comportamento que os interessados podem tomar; (j) recursos cabíveis na espécie; e, por fim, (h) benefícios da existência de uma produção antecipada sem urgência para o ordenamento jurídico pátrio.

Palavras chave: Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Provas. Produção antecipada sem urgência.

ABSTRACT

The new Code of Civil Procedure (Law n° 13.105/2015) went on to admit the “anticipation of evidence” (brasilian equivalent to “discovery” and/or “disclouse”) even when there is no risk for its production later in the action which it could be used. It is a procedural institution that has no parallel in the previous legislation and which should be properly studied and understood by national doctrine. This work aimed to study this novelty, and for this, was made a literature review and cases law studies, in order to unveil the new institute. The study resulted in an overview of the “anticipated production of evidence without urgency”, the following issues are addressed: (a) basic assumptions for its understanding; (b) development of the early production of evidence of the Civil Procedure Code of 1973 to the new legislation; (c) duties in the early production of evidence without urgency; (d) when it is admitted by the legislation; (e) moment which should occur in the anticipation of proof; (f) how to plead the anticipation of proof; (g) independent evidentiary action; (h) incidental anticipation of proof; (i) behavior that defendant can take; (j) judicial remedies; and finally, (h) benefits of the existence of an early production without urgency to the native legal system.

Key words: Code of Civil Procedure. Law n° 13.105/2015. Evidences. Discovery and disclousure. Early production of evidence.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 PREMISSAS BÁSICAS	13
2.1 Prova e verdade	13
2.2 Uma questão terminológica: as acepções da palavra “prova”	16
2.3 Fontes de prova, meios de prova e meios de investigação	17
2.4 Produção antecipada ou asseguaração da prova?	19
2.5 Destinatários da prova	23
2.6 O “direito de provar” e o “direito à prova”	24
3 A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS: DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	26
3.1 A ação de produção antecipada como uma espécie de cautelar no CPC/7326	
3.2 Mitigações do caráter cautelar da ação de produção antecipada de provas	27
3.2.1 Desnecessidade do ajuizamento da “ação principal”	27
3.2.2 O periculum in mora na cautelar de produção antecipada de provas	28
3.2.3 A peculiar instrumentalidade hipotética das cautelares probatórias	30
3.2.4 Classificação da ação de produção antecipada de provas em preventivas ou preparatórias	31
3.2.5 Caráter satisfativo	32
3.3 Vias de produção antecipada de provas sem urgência no Código de Processo Civil de 1973	33
3.4 O Código de Processo Civil de 2015	34
4 DEVERES NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS SEM URGÊNCIA	36
4.1 Dever de colaboração ou cooperação	36
4.2 Dever de antecipar a prova antes do processo cognitivo	38
4.3 Dever de antecipar a prova no bojo do procedimento voltado a produção antecipada de provas sem urgência	40
4.4 Dever de valoração	46
4.5 Dever de não pré-constituir em abuso de direito	49
5 HIPÓTESES LEGAIS QUE AUTORIZAM A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS SEM URGÊNCIA	51

5.1 Viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito (art. 381, II).....	51
5.2 Justificar o ajuizamento de ação (art. 381, III, primeira parte)	54
5.3 Evitar o ajuizamento de ação (art. 381, III, segunda parte)	56
5.4 Espécies legais.....	58
5.4.1 Arrolamento de bens apenas para a realização de documentação (art. 381, §1º).....	58
5.4.2 Justificação (art. 381, §5º).....	62
5.5 Fungibilidade	64
6 MOMENTO DA ANTECIPAÇÃO DA PROVA EM RELAÇÃO À AÇÃO COGNITIVA	67
7 O REQUERIMENTO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS	69
7.1 Elementos genéricos	69
7.1.1 Petição inicial e necessidade de indicação do conflito ou ação.....	69
7.1.2 Requerimento incidental	70
7.2 Elementos específicos (art. 379, <i>caput</i>)	70
7.2.1 Razões que justificam a necessidade de antecipação da prova.....	70
7.2.2 Menção precisa dos fatos sobre os quais a prova há de recair	71
7.2.3 Especificação dos meios de provas	72
8 AÇÃO PROBATÓRIA AUTÔNOMA.....	74
8.1 Natureza jurídica.....	74
8.2 Ação dúplice?	76
8.3 Competência (art. 381, §2º e §4º).....	78
8.4 Prevenção (art. 381, §3º) e a inaplicabilidade princípio da identidade física do juiz	82
8.5 Partes e legitimidade	89
8.5.1 Requerente originário	89
8.5.2 Demais interessados (art. 382, §1º)	91
8.5.3 “Polo passivo”	93
8.6 Causa de pedir	95
8.7 Pedido e cumulação de pedidos	95
8.8 Valor da causa	96
8.9 Superveniência do processo declaratório.....	99
8.10 Sentença.....	103
8.11 Custas, despesas e honorários de advogado	104

8.12 Destino dos autos (art. 383).....	105
9 A ANTECIPAÇÃO INCIDENTAL DA PROVA	106
9.1 Prevenção do juízo sobre o qual tramita a ação de conhecimento.....	106
9.2 Requerimento das partes.....	108
9.3 Atuação oficiosa	108
9.4 Antecipação incidental da prova como flexibilização procedimental.....	109
9.5 Formação de novos autos.....	112
10 COMPORTAMENTO DOS INTERESSADOS	113
10.1 Vedação à apresentação de defesa (art. 382, §4º primeira parte)	113
10.2 Requerimento de provas (art. 382, §3º)	115
11 RECURSOS (ART. 382, §4º SEGUNDA PARTE).....	117
12 BENEFÍCIOS DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS SEM URGÊNCIA	121
12.1 Unificação diversos meios de antecipação da prova.....	121
12.2 Princípio da eventualidade e da congruência.....	122
12.3 Parâmetro para avaliar a má fé processual ante ao descumprimento do dever de veracidade	123
12.4 Tutela da evidência.....	125
12.5 Mandado de segurança	128
12.6 Monitória.....	130
12.7 A “nova prova” e a coisa julgada <i>sucundum eventum litis vel probationis</i> nas ações coletivas	132
12.8 Ação rescisória	136
13 CONCLUSÕES.....	138
REFERÊNCIAS	147

1 INTRODUÇÃO

Em março desse ano foi sancionada a Lei nº 13.105/2015 que instituiu o novo Código de Processo Civil brasileiro.

Desde então, a comunidade jurídica nacional tem se debruçado com grande avidez sobre essa importante legislação, visando entender e desvendar a nova lei e os novos institutos jurídicos por ela trazidos.

O escopo último dessa monografia de conclusão de curso foi, antes de tudo, uma oportunidade para manusear o texto do novo Código de Processo Civil, conhecer a sua estrutura, desvendar os princípios que nortearam o legislador, aprender os novos procedimentos, enfim, conhecer o máximo possível, como será, doravante, o processo civil brasileiro.

A porta de entrada para essa análise foi um novo instituto introduzido no novo Código pelo legislador pátrio que, ao que se depreende dos estudos feitos e salvo melhor juízo, não tem recebido a devida atenção pela doutrina que se dedica à árdua tarefa de conhecer a nova legislação.

Trata-se da “Produção Antecipada de Provas Sem Urgência”.

De acordo com a nova legislação, não é só o risco de não ser possível a produção da prova em adequado momento ulterior é que justifica a antecipação da prova, conforme ocorria, como regra, no Código Buzaid, nos termos de seus arts. 846 a 851.

Como se depreende da simples leitura dos art. 381 a 383 do novo Código de Processo Civil, passou a ser também lícito às partes provocar o Estado-Juiz para que ele produza uma prova a respeito de determinada situação, visando a possibilidade da concretização de solução consensual do litígio, a melhor instrução de processos de conhecimento ou quando, por qualquer razão, aquela prova puder evitar o ajuizamento de uma demanda judicial.

Essa “guinada” legislativa e esse “direito à prova” colocado à disposição do jurisdicionado serão o objeto central desse estudo.

A pesquisa utilizou, principalmente, um método dedutivo-bibliográfico, por meio do qual se pretendeu uma construção lógica que permitisse a análise do geral para o particular, por intermédio de estudos bibliográficos e do plano fático. Não obstante, foi árdua a tarefa de encontrar obras que versassem exclusivamente sobre o tema aqui em estudo, o qual não possuía paralelo nas legislações anteriores. Esse fato, contudo, permitiu, de um lado, uma

maior liberdade no desenvolvimento do trabalho, mas, de outro, abriu espaço a erros e imprecisões.

De todo modo, espera-se humildemente que esse trabalho auxilie na compreensão do novo Código, em especial, na compreensão da produção antecipada de provas sem urgência, e que o leitor aprecie as conclusões a que chegamos, deixando sempre aberto, contudo, o salutar debate crítico necessário ao desenvolvimento da Ciência do Direito sobre o tema.

2 PREMISSAS BÁSICAS

2.1 Prova e verdade

Intuitivamente, se diz que a função da prova é averiguar a “verdade dos fatos”, o que convida, ainda que sem grandes pretensões filosóficas, a algumas considerações sobre a “verdade” e a sua relação com a prova judicial.

Na contemporaneidade, não há mais quem acredite que o processo e, como maior razão, a prova que nele se produz, tenha como escopo a busca da “verdade absoluta” ou da “verdade material”¹. Afinal, como a percepção e a reconstrução de um fato sempre são influenciadas por aspectos subjetivos, por um toque pessoal que distorce o seu conteúdo², uma análise realmente “objetiva” de um fato, é uma verdadeira ingenuidade (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 34).

Até mesmo os estudiosos contemporâneos do direito processual penal, campo em que outrora reinou o primado da “verdade real” em oposição à “verdade formal”, sendo essa última supostamente típica do processo civil, admitem que a “verdade processual” jamais será a “verdade real”, sendo que aquela, quando muito, representará uma mera probabilidade de que haja uma correta representação do objeto cognoscente. (BADARÓ, 2012, p. 266).

Com efeito, na busca pelo que pode ser chamado de “verdade”³, a Filosofia da Linguagem pode trazer a ciência jurídica importantes contributos, em especial no que toca ao que ficou conhecido como “Virada Linguística”.

¹ Conforme ensina Eduardo Cambi (2001, p. 68) a verdade buscada pelo processo “deve ser resultante de critérios objetivos e ser perseguida dentro de limites razoáveis, para que toda espécie de radicalismos seja expurgada do sistema processual [...], uma vez que qualquer mecanismo humano, destinado a estabelecer um juízo histórico sobre fatos, é falível e não daria conta de *toda a verdade*”. (Itálicos do original).

² Nas palavras de Friedrich Nietzsche (2005, p. 37-38) essa constatação leva a necessidade dos seres humanos serem, de alguma forma, injustos. Escreve o filósofo: “Todos os juízos sobre o valor da vida se desenvolveram illogicamente e, portanto, são injustos. A inexactidão do juízo está primeiramente no modo como se apresenta o material, isto é, muito incompleto, em segundo lugar no modo como se chega à soma a partir dele, e em terceiro lugar no fato de que cada pedaço do material também resulta de um conhecimento inexato, e isto com absoluta necessidade. Por exemplo, nenhuma experiência relativa a alguém, ainda que ele esteja muito próximo de nós, pode ser completa a ponto de termos um direito lógico a uma avaliação total dessa pessoa; todas as avaliações são precipitadas e têm de sê-lo. Por fim, a medida com que medimos, nosso próprio ser, não é uma grandeza imutável, temos disposições e oscilações, e, no entanto, teríamos de conhecer a nós mesmo como uma medida fixa, a fim de avaliar com justiça a relação de qualquer coisa conosco” e arremata “De antemão somos seres ilógicos e por isso injustos, e *capazes de reconhecer isto*: eis uma das maiores e mais insolúveis desarmonias da existência” (itálicos do original).

³ O que deve ser objeto de estudo, nesse caso, são os critérios utilizados para declarar real ou falsa uma asserção. Assim, a cognição que se desenvolve no processo não se propõe a uma tomada de posição ontológica ou ôntica, ou seja, uma busca a resposta da pergunta “o que é a verdade?”, visto que isso redundaria em um problema de metafísica (REALE, 2004, p. 143-148). Debruçar-se questões dessa ordem não é – e nunca foi – um escopo do processo.

Esse movimento que alterou as formas disponíveis de filosofia e as suas implicações estruturais em todo e qualquer campo do conhecimento tem sido comumente atribuídas a Ludwig Wittgenstein⁴, que, de maneira decisiva, levou a concepção metafísica tradicional da filosofia ao desuso quase total. (MARCANTONIO, 2007, p.115)

Inicialmente o supracitado filósofo sustentou que a linguagem tinha apenas função designativa, enfocando-a numa concepção meramente instrumentalista. Assim, a linguagem seria mesmo a figuração da realidade, de modo que haveria um paralelismo completo entre o mundo dos fatos reais e as estruturas da linguagem⁵. Figurativamente, a linguagem seria composta de “rótulos” que seriam meramente afixados nos objetos correspondentes.

Todavia, foi o próprio Wittgenstein quem destruiu essa concepção de linguagem.

Na segunda fase de sua obra, o filósofo chegou à conclusão de que se faz necessário abrir os olhos para ver e desvendar como a linguagem funciona: ela opera de acordo com seus usos, não cabendo, portanto, indagar sobre os significados das palavras, mas sobre suas funções práticas. Essas, por sua vez, são múltiplas e variadas, constituindo, igualmente, múltiplas e variadas linguagens que são verdadeiras formas de vida. De outro modo, poder-se-ia dizer que a linguagem está embutida das atividades e estruturas sociais que o autor chama de “jogos de linguagem”.

Assim, não haveria essência alguma na linguagem, que, portanto, não tem uma função propriamente representativa com a realidade. Portanto, quando se busca a “verdade”, deve-se ficar claro que não há, propriamente, “algo” a que essa palavra representa: retomando a figuração acima, não há absolutamente nada que exista que possa receber, em absoluto, um “rótulo” com o referido vocábulo. O que há, simplesmente, é o “jogo” em que a palavra é usada, de modo que, dependendo da situação, a ela é atribuída uma diferente funcionalidade/sentido. (KENNY, 2009, p. 162)

Nesse ínterim, não pode haver uma linguagem cujas palavras refiram-se ao que somente possa ser conhecido pelo emissor individual da mensagem. Assim, há em Wittgenstein um ataque à noção de uma linguagem particular, ou mais, precisamente, da

⁴ Os estudiosos de Wittgenstein dividem a sua obra em duas grandes fases: o chamado “primeiro Wittgenstein”, que corresponde as ideias desenvolvidas no seu livro *Tractatus Logico-Philosophicus*; e o “segundo Wittgenstein”, encontrado nas suas demais obras, em especial nas *Investigações Filosóficas*.

⁵ Ensina Anthony Kenny (2009, 161) que “em qualquer representação há duas coisas a considerar: (a) o que ela representa; (b) se o representa correta ou incorretamente. A distinção entre essas duas características de uma representação, no caso de uma proposição, é a distinção entre o que a proposição significa e se o que ela significa é verdadeiro ou falso”. Mais à frente, com relação a essa última característica, escreve: “Como a figura se conecta com a realidade que representa? Isso se dá pela escolha de um objeto *qual* objeto, como uma determinada forma figurada [...]. Estabeleço a conexão com a realidade ao estabelecer a correlação entre os elementos da figura e os elementos da situação que ela representa. Como estabeleço essa correlação? Quando escreveu o *Tractatus*, Wittgenstein julgou ser isso uma questão empírica sem importância para a filosofia”.

noção de definição ostensiva particular. Quebra-se o solipsismo da doutrina do “somente eu existo” – ao qual éramos conduzidos pelo empirismo e pelo idealismo – quando se passa a entender que a possibilidade da própria linguagem em que é expresso depende da existência do mundo público e social. (KENNY, 2009, p. 165).

Essas ideias parecem, de certo modo, serem comungadas por Jürgen Habermas que “compreende que a verdade sobre um fato é um conceito dialético, construído com base na argumentação desenvolvida pelos sujeitos cognoscentes. A ‘verdade’ não se descobre, mas se constrói, através da argumentação”. Desse modo, “o sujeito deve interagir com os demais sujeitos, a fim de atingir um consenso sobre o que possa significar conhecer e dominar o objeto; não é mais a subjetividade que importa, mas sim a intersubjetividade”. (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 42-43. Itálicos do original).

Com efeito, “o conteúdo é evidentemente importante, mas nada tem a ver com a verdade, pois a esta apenas interessa a forma pela qual a afirmação é obtida. O verdadeiro e o falso não têm origem nas coisas, nem na razão individual, mas no procedimento”. (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 45). Por outras palavras, a “verdade” deve ser entendida dentro de uma lógica própria de um “procedimento” ou “jogo de linguagem” peculiar e altamente especializado: o devido processo legal, ou, mais amplamente, o Direto.

A constatação que talvez mais chame a atenção para que a “verdade” é encarada dentro de uma lógica própria para os fins do processo, é que ela é sempre condicionada, não apenas pelos próprios limites da gnosiologia, mas igualmente pelo próprio direito: há limites constitucionais e legais que podem – e devem – ser impostos quanto a atividade probatória e, em alguns casos, quanto a própria valoração da prova. Afinal, se a atividade probatória, e, por extensão, a “verdade” que será trazida com o processo, está inserida dentro de um ordenamento jurídico, que, por sua vez, deve se amoldar com o modelo constitucional de processo civil de um Estado social democrático de direito, ela – a atividade probatória – deve ser aplicada e interpretada de forma harmônica com todo sistema, de modo que encontra limites quando esbarra em outros interesses legítimos (intimidade, direito ao silêncio, vedação a produção de provas ilícitas, celeridade processual etc.) ou, ainda, do condicionamento da eficácia do meio probatório a adoção de certas formalidades ritualísticas (BADARÓ, 2012, p. 267-268).

Em termos práticos, para o processo pouco importa como as coisas “realmente” se passaram no mundo dos fatos – a ininteligível “verdade material” ou “verdade absoluta” –,

pois toda a atividade jurisdicional deve ser norteada pela verdade extraída das provas validamente produzidas no bojo do processo e construídas pelos atores processuais.⁶⁻⁷

Com efeito, “o processo deixa de ser instrumento para a reconstrução dos fatos [...] para ser palco de argumentação” (MARINONI; ARENHART, 2009, p. 48), por meio da qual, com a observância do devido processo legal, será construída a “verdade” que deve conduzir toda a aplicação do direito material pelo Poder Judiciário e, com maior razão, deve servir, também, de parâmetro seguro para que as partes possam avaliar as suas chances em futuro processo cognitivo e, assim, dirigir esforços ao meio de solução de controvérsias mais adequado ao litígio em que estão imersas.

2.2 Uma questão terminológica: as acepções da palavra “prova”

É comum a lição doutrinária que a palavra “prova”, em sentido jurídico, é plurissignificante. Conforme se depreende das clássicas lições de Moacyr Amaral Santos (1983, p. 01-02), ela pode significar: (a) o “ato de provar”, ou seja, a produção dos atos ou dos meios com os quais as partes ou o juiz entendem afirmar a verdade de algum fato; (b) o “meio de prova” considerado em si mesmo, ou seja, as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de suas fontes; e, ainda, (c) o “resultado” dos atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade.

Inexoravelmente reféns a essas naturais imprecisões da linguagem, não vemos alternativa se não reconhecer que o referido vocábulo, fartamente empregado no presente trabalho, ora apresenta uma acepção ora outra. Não obstante, com o intuito de buscar o máximo de rigor científico possível, é necessário precisar em qual das acepções acima destacadas o termo “prova” é quando se nomeia o instituto aqui em foco, ou seja, a “produção antecipada de provas sem urgência”.

Com efeito, não parece haver uma antecipação do “ato de provar”, visto que essa acepção do termo parece se afinar mais com a função que a prova exerce no bojo do processo

⁶ Segundo Luiz Fux (2008, p. 572-573), “o processo contenta-se com a *verdade que migra para os autos*, ou seja, a verdade do Judiciário, aquela que importa para a decisão. Assim, a conclusão a que chega o juízo não tem o compromisso absoluto com a verdade, senão com a justiça, a estabilidade e a segurança sociais, alcançadas mediante a colaboração das partes, fundamento semelhante que informa o instituto da coisa julgada”.

⁷ Ensina Eduardo Cambi (2001, p. 54) que “a percepção dos fatos, pelo juiz, deve decorrer, necessariamente, de algum elemento probatório constante dos autos, mesmo porque as provas são produzidas para o processo, não para um determinado magistrado. Ademais, o processo, incluindo as inúmeras mudanças de juízes e a fase recursal, geralmente passa por mais de um julgador, devendo existir nos autos a prova necessária para persuadir o órgão judicial competente para o julgamento. A vedação da utilização do conhecimento privado procura evitar que o juiz atribua critérios eminentemente subjetivos que, não se sujeitando ao contraditório das partes, poderia tornar a decisão arbitrária e dificilmente controlável pelas partes”.

de conhecimento⁸. Por outras palavras, o “ato de provar” pressupõe uma alegação sobre algum fato e, posteriormente, alguma atividade tendente a comprovar a veracidade dessa alegação. Contudo, a produção antecipada de provas sem urgência não necessariamente tem como escopo “afirmar a verdade de algum fato”, mas pode ser utilizada, também, para “descobrir” ou “revelar” alguma situação relevante. É o que ocorre, p. ex., quando se antecipa a prova visando esclarecer o autor de um ato ilícito para demanda-lo em ação de conhecimento; ou, ainda, na realização de prova pericial para esclarecer se houve ou não erro médico em determinado procedimento.

Não parece adequado, também, falar em antecipação dos “resultados” dos atos ou dos meios produzidos na apuração da verdade. Esses parecem indissociavelmente relacionados a alguma valoração do substrato probatório após o final das diligências probatórias. Todavia, a “produção antecipada de provas” encontra suas fronteiras justamente nesse ponto: é vedada qualquer manifestação oficial sobre os “resultados” das provas ali produzidas (art. 382, §2º do CPC/15), sendo que, ao menos do ponto de vista do estado juiz, após a realização dos meios de provas a medida teve sua finalidade exaurida. Em termos práticos, não deve o magistrado dizer se há elementos de prova favorável ou não há alguma tese, ou se algum fato se encontra satisfatoriamente comprovado ou não.

Assim, parece que o vocábulo é ali empregado como sinônimo de “meio de prova”, ou seja, antecipa-se a mera realização de técnicas processuais aptas à descoberta da verdade sobre algum fato.⁹ Como já assinalado, a medida se esgota justamente com a adequada operacionalização dessas técnicas, sendo vedada, quando se antecipa a prova, qualquer consideração oficial sobre como substrato probatório ali produzido afeta a situação de direito material no qual as partes estão imersas.

2.3 Fontes de prova, meios de prova e meios de investigação

Versando sobre as premissas básicas desse trabalho, faz-se necessário, ainda que brevemente, estudar e relacionar os conceitos de “fontes de prova”, “meios de provas” e “meios de investigação”.

Ensina a doutrina que “fontes de prova” são as coisas, as pessoas e os fenômenos e, os “meios de prova”, por sua vez, são as técnicas desenvolvidas para extrair a prova das

⁸ Parece assim, se afinar mais com o que mais à frente será chamado de “direito de provar”.

⁹ A antecipação da prova sem urgência é intimamente relacionada com os “meios de prova” por Flávio Luiz Yarshell (2009). Observe: “[...] meios de provas podem e devem também ser entendidos como “canais de informação” de que se servem os interessados, quando a produção da prova se dá ou fora do processo ou, ao menos, fora do processo cujo objeto é a declaração do direito”.

fontes. De outro modo, os meios de prova são pontes através dos quais os fatos passam para chegar, primeiro ao sentido, depois à mente (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2013c, p. 48).

Não obstante, quando se antecipada os “meios de prova” de maneira autônoma, ou seja, desvinculado de qualquer processo cognitivo, parece que a pesquisa e a prova pré-constituída dela decorrente “correspondem – se não integralmente, em boa medida – à ideia de investigação”¹⁰.(YARSHELL, 2009, p. 212).

Essas conclusões, a despeito de parecerem inovadoras, não o são tanto assim.

Com efeito, quando se produz a prova no bojo do processo de conhecimento, aí também pode haver uma verdadeira atividade investigativa de descoberta e registro de fatos. Assim, não parece absolutamente correta a ideia de que sempre, naquele processo, o autor e o réu já conheçam os fatos narrados, respectivamente, na inicial e na contestação, e com a atividade probatória apenas se buscará “ratificar” o que já foi alegado. (YARSHELL, 2009, p. 220-221).

É de se pensar, p. ex., na ação de indenização que um paciente de cirurgia plástica move contra o cirurgião por danos estéticos em razão de suposto erro médico. Como no processo civil brasileiro não há qualquer providência preliminar de instrução, essas alegações podem ser feitas na inicial à mingua de qualquer prova firme da existência ou não de imperícia medida, que deverá ser comprovada apenas posteriormente na fase instrutória, quando, então, verificar-se-á se o médico pode ou não ser responsabilizado pelas deformações apresentadas pela parte autora. Nesse contexto, é possível que as convicções dessa última se mostrem equivocadas, se for comprovado, por exemplo, que a deformidade estética decorreu de caso fortuito ou força maior, que eximem o profissional liberal de qualquer responsabilidade civil.

O mesmo ocorre na ação de investigação de paternidade na qual o autor simplesmente alega na inicial que o réu é o seu genitor. Contudo, apenas com a instrução do processo e, comumente, com a produção de prova pericial (“exame de DNA”) é que se revelará se o autor é ou não filho do réu. (YARSHELL, 2009, p. 221)

Um expressivo exemplo dessa situação também ocorre na determinação da instituição financeira exibir extratos bancários dos seus correntistas que buscam ser

¹⁰Esse fenômeno já havia sido notado também por Cândido Rangel Dinamarco (2005, p. 86) que define que “meios de prova” como “técnicas destinadas à investigação de fatos relevantes para a causa”.

ressarcidos em razão dos famigerados expurgos inflacionários dos planos econômicos Bresser e Verão, visando apurar se há ou não saldo devedor e, se houve, o seu montante¹¹.

Assim, ao se permitir a antecipação dos meios de prova independentemente da urgência – o que não significa dizer que se trata de atividade absoluta ou incondicionada – o Estado fornecesse aos jurisdicionados um verdadeiro meio de investigação dos fatos nos quais eles estão imersos, permitindo, simultaneamente, a pré-constituição da prova, tudo “para que as partes possam avaliar suas chances, de sorte a ingressar em juízo com maior segurança e responsabilidade ou, por outra, simplesmente não ingressar (ou não resistir a dada pretensão)”(YARSHELL, 2009, p. 217).

Note, por fim, que essa atividade investigativa é mesmo indissociável da pré-constituição da prova, pois “no contexto do devido processo legal, dos princípios da legalidade, publicidade, impessoalidade e moralidade” não há como existir aquela atividade sem resultar em alguma materialização do quanto foi investigado e descoberto. Afinal, “pensar diversamente seria admitir que o encarregado da investigação pudesse desconsiderar descobertas ao sabor de sua predileção, descartando as que entendesse inadequadas ou inoportunas” (YARSHELL, 2009, p. 221-222).

Em suma, se correto o entendimento de que os “meios de prova” permitem, em alguma medida, uma atividade investigativa, quando há a sua antecipação desvinculada de um processo de declaração do direito, parece ser inegável a conclusão de que os jurisdicionados passam a dispor de um “meio de investigação” dos fatos em que estão envolvidos, tudo com o escopo de permitir que avaliem a “verdade processual” e tomem a melhor postura diante de determinada situação de direito material.

2.4 Produção antecipada ou asseguarção da prova?

Ao versar sobre a ação de produção antecipada de provas, a doutrina nacional diverge se nela haveria a efetiva “produção” da prova ou se, por outro lado, haveria apenas a “conservação” ou “asseguarção” da prova.

¹¹ Assim foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial Repetitivo nº 1133872/PB, de Relatoria do Ministro MASSAMI UYEDA, julgado em 14/12/2011, e publicado no DJe 28/03/2012 no qual se firmou a seguinte tese: “Para fins do disposto no art. 543-C, do Código de Processo Civil, é cabível a inversão do ônus da prova em favor do consumidor para o fim de determinar às instituições financeiras a exibição de extratos bancários, enquanto não estiver prescrita a eventual ação sobre eles, tratando-se de obrigação decorrente de lei e de integração contratual compulsória, não sujeita à recusa ou condicionantes, tais como o adiantamento dos custos da operação pelo correntista e a prévia recusa administrativa da instituição financeira em exhibir os documentos, com a ressalva de que ao correntista, autor da ação, incumbe a demonstração da plausibilidade da relação jurídica alegada, com indícios mínimos capazes de comprovar a existência da contratação, devendo, ainda, especificar, de modo preciso, os períodos em que pretenda ver exibidos os extratos”.

Como destacado por Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 24-25), esta distinção está intimamente ligada ao tradicional entendimento que vincula a prova ao julgamento estatal. Assim, “o juiz é o destinatário da prova e essa, por seu turno, tem sempre e apenas a função de formar o convencimento *do julgador*”, de modo que “a produção da prova, não estaria sequer presente na chamada instrução preventiva *ad perpetuam rei memoriam*, uma vez que ela [...] ficaria reservada ao juiz do processo declaratório”. Por essa visão, o conceito de produção da prova estaria condicionado “não apenas à realização dessa última em processo, mas no processo em que presente o respectivo destinatário, entendido como o juiz, que a valorará (e que, assim, declarará o direito no caso concreto)”.

Em uma primeira abordagem, e ainda sem adentrar propriamente na questão dos destinatários da prova, vemos que o receio da adoção da nomenclatura “produção antecipada de provas”, parece ter origem em uma divergência quanto ao que se entende por “produção da prova” (NEVES, 2006, p. 111-112), o que nos remete a um estudo, ainda que breve, dos chamados “momentos” ou “fases” da prova.

Aqueles que entendem que a “produção da prova” envolve a sua respectiva valoração refutam o emprego daquela expressão para as provas *ad perpetuam rei memoriam*, pois partem da (correta) premissa de que não cabe ao juiz que preside as respectivas diligências probatórias pronunciar-se sobre a ocorrência ou inoocorrência dos fatos sobre os quais elas recaíram.

Nesse sentido, são lições de Moacyr Amaral Santos (1983, p. 259-294) que entende que o procedimento probatório é dividido em apenas três fases: “propositura”, “admissibilidade” e “produção ou execução”. Essa última fase seria aquela na qual o “meio de prova produza os seus efeitos”, ou seja, “o momento em que a prova se converte em instrumento de percepção dos fatos alegados, ou melhor, o momento em que estes se reproduzem de forma a deixar traços que exteriorizem a sua existência e o modo de sua existência”.

A doutrina contemporânea, contudo, divide o procedimento probatório em quatro fases: “propositura”, “admissibilidade”, “produção ou execução” e “valoração”.¹²

Nessa proposta, a produção da prova seria apenas e tão somente aquele “momento no qual se concretiza o meio de prova” (DIDIER JUNIOR, 2013c, p. 103), de modo que a sua valoração e, conseqüentemente, a aferição – ao menos do ponto de vista do Estado-Juiz –

¹² Nesse sentido, ensina, dentre outros, Cássio Scarpinella Bueno (2011, p. 287), Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2010, p. 293), e Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (2013c, p. 102-103).

sobre a ocorrência ou inoocorrência dos fatos probandos ficaria reservado à derradeira e posterior fase. Assim, ao entender que a “produção da prova” seria apenas e tão somente o emprego de um meio de prova, não parece haver quaisquer óbices na utilização da expressão para representar o fenômeno que ocorre nos procedimentos de antecipação da prova.

Não obstante, há ainda aqueles que entendem que a “produção da prova”, mesmo que não se confundindo com a respectiva valoração, é ato que somente pode ocorrer no processo declaratório na qual ela será utilizada para formar a convicção do juiz. Os motivos para esse entendimento não são expostos de maneira clara, mas parecem se apegar àquela ideia já exposta de que o juiz do processo de conhecimento é o único destinatário da prova e, que, portanto, somente perante ele é que ela poderia ser produzida.¹³

Não se nega que esse entendimento é, em certa medida, coerente com a teoria das fases da produção de prova desenvolvidas abstratamente pela doutrina: admitir que a fase de produção fosse “destacada” quebraria toda a lógica teórica desenvolvida ao redor do procedimento probatório.¹⁴ Contudo, é incontestável que “não há diferença substancial – a não ser procedimental – entre produzir uma prova em processo autônomo ou na própria fase instrutória do processo de conhecimento”. Em ambos os casos, a atividade jurisdicional dirigida à aplicação dos meios de prova a ser desenvolvida é essencialmente a mesma, com a

¹³ É o que fica claro, por exemplo, dos ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2010, p. 257-258): “A produção é o momento culminante do procedimento instrutório, pois é quando se considerará a prova efetivamente integrada ao processo”, e não seria função da ação de produção antecipada de provas “realizar essa incorporação da prova ao processo futuro. Isso porque, obviamente, sequer o processo existe, de modo que nem mesmo se pode saber se ele virá a acontecer ou então se a prova será relevante e necessária para aquilo que lá for debatido. Mais que isso, porque o processo (principal) ainda não existe, não há ainda requerimento para que nele ocorra a produção de qualquer prova, nem admissão sobre esse tema. Recorde-se que essas fases não são tomadas em abstrato, mas de modo concreto, segundo aquilo que se tornou relevante e controvertido, em face do litígio apresentado e das questões efetivamente discutidas no feito (v.g., art. 334 do CPC [de 1973]). Seria, portanto, incongruente admitir-se que uma prova foi *produzida* – em procedimento prévio – sem sequer saber se ela terá utilidade no feito principal. Daí por que se diz que, no processo em exame, não ocorre, a rigor, a *produção* de uma prova, mas apenas a sua *asseguração*. A finalidade da medida aqui analisada é simplesmente a de *preservar* alguma prova, para que ela possa vir a ser utilizada na sequência. Por isso, prefere-se designar a figura em estudo de medida de *asseguração de prova*.” No mesmo sentido, leciona Cássio Scarpinella Bueno (2013b, p. 232-233) em comentário a produção antecipada de provas prevista no Código Buzaid: “A prova [...] não é produzida no sentido técnico da palavra, isto é, de viabilizar seu exame para formação da convicção do magistrado sobre o que ela retrata. Uma vez assegurada a prova, ela será, oportunamente, proposta e, se aceita, será produzida e valorada pelo magistrado [...]. A finalidade da cautelar aqui examinada, destarte, é a de assegurar a realização de uma prova diante de circunstâncias que façam crer pela impossibilidade ou, quando menos, extrema dificuldade de sua colheita no ‘processo principal’. Assim, a única finalidade da medida aqui examinada é o *asseguramento da prova* para que, no momento adequado, a prova possa ser proposta, admitida, produzida e valorada como qualquer outro meio de prova”.

¹⁴ Conforme aduz Alexandre Freitas Câmara (2008, p. 161-162), “antes de mais nada, é preciso que a parte requeira a produção da prova. Em seguida, é preciso que o juiz defira sua produção para que, só após esses dois momentos, a prova possa ser, efetivamente, produzida. Não se pode, pois, falar em produção da prova antes de sua proposição e admissão pelo juiz da causa”. Curiosamente, o referido jurista admite uma certa mitigação das fases iniciais do procedimento probatório (propositura e admissão, especificamente) quando a produção da prova é determinada de ofício pelo juiz (CÂMARA, 2008, p. 162, nota de rodapé “2”), sendo, em alguma medida, um tanto quanto contraditório com a rigidez ou flexibilidade quanto aos momentos da prova.

única diferença de que somente no processo de conhecimento será lícito ao magistrado valorar a prova (NEVES, 2009, p. 114). Aliás, a razão de existir de um instituto jurídico-processual que permite a antecipação da prova é precisamente essa: permitir que a exata atividade probatória que somente seria exercida na fase instrutória do processo de conhecimento ocorra em momento anterior, ou seja, que ocorra antes mesmo da existência desse processo ou, no mais tardar, antes da referida fase da instrutória.

Assim, a atividade jurisdicional de “produção da prova” desenvolvida no processo de conhecimento e nos processos de antecipação da prova é – se não idêntica – substancialmente semelhante, de modo que não há motivos para empregar nomenclaturas diversas para o mesmo fenômeno.

Ademais, parece não haver qualquer óbice para que prova seja “produzida” antecipadamente em um processo judicial, e posteriormente “trazida” ou – por que não? – novamente “produzida” em outro. Esse expediente é, expressa ou tacitamente, aceito à unanimidade pela doutrina quando do tratamento da “prova emprestada”¹⁵, fenômeno jurídico que foi expressamente disciplinado no art. 372 do CPC/15: “O juiz poderá admitir a utilização de **prova produzida em outro processo**, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório” (destaquei).

Observe que a prova extraída do “processo-emprestador” pode também ter sido colhida perante magistrado que não competia julgar a lide objeto do “processo-recebido” e, ainda assim, diz-se que a prova foi efetivamente produzida naquele. Não parece haver qualquer óbice para que raciocínio análogo seja aplicado ao procedimento de antecipação da prova: aqui a prova também será “produzida” e, após, “admitida” ou “novamente produzida”, noutro processo.

Esse traslado¹⁶ que ocorre com a prova emprestada é basicamente o mesmo que deve ocorrer com a prova produzida na ação probatória. Ademais, e conforme se verá abaixo, o legislador do novo Código, criou a obrigatoriedade da prova ser produzida antecipadamente perante todos aqueles que, de alguma forma, poderiam ter algum interesse jurídico relevante na medida, de modo que, na eventual utilização da mesma em processo cognitivo não haveria qualquer óbice quanto a falta de contraditório na constituição da prova.

¹⁵ Aqui nos valeremos novamente dos ensinamentos de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2010, p. 291-293) que definem a “prova emprestada” como “aquela que, **produzida em outro processo, é trazida para ser utilizada em processo em que surge interesse em seu uso**. Trata-se de evitar, com isso, a repetição inútil de atos processuais, **otimizandose, ao máximo, as provas já produzidas perante a jurisdição**, permitindo-se, por consequência, seu aproveitamento em demanda pendente” (destaquei)

¹⁶ O termo é empregado por Cândido Rangel Dinamarco (2005, p. 97): “Provas emprestadas, conceito elaborado na doutrina e na jurisprudência sem qualquer previsão legal específica, são *traslados da documentação da prova constituída em outro processo de natureza jurisdicional*” (destaques do original).

De outro lado, parece que, com o advento do novo Código de Processo Civil e a consagração de um direito à prova, a impropriedade da utilização do termo “asseguração” para designar o fenômeno aqui em tela torna-se ainda mais evidente. Se a prova poderá ser antecipada sem qualquer intuito de ser utilizada em ulterior processo de conhecimento – poderia, inclusive, ser antecipada justamente para evitar esse processo – não haveria rigorosamente qualquer “asseguração” da prova: a medida seria satisfativa e bastante em si mesma.

2.5 Destinatários da prova

Uma das premissas básicas para a exata compreensão dessa novidade introduzida expressamente pelo legislador do novo Código é a de que o destinatário imediato da prova produzida antecipadamente sem urgência não é o juiz (seja aquele que preside a antecipação ou mesmo aquele que deverá analisar o direito material de fundo), mas sim as partes e os demais interessados na investigação dos fatos.

Essa mudança do destinatário da prova nas ações probatórias foi bem identificada por Flávio Luiz Yarshell (2009, 109-112), que, após profunda análise sobre o ônus da prova, concluiu que quando se enfatiza o seu aspecto objetivo

é compreensível a ideia de que a prova se produz, em regra, apenas no bojo do processo aparelhado para a declaração do direito e, dentro dele, numa fase que se segue à postulação das partes. Nessa ótica, porque a prova e as regras que a disciplinam – incluindo aquelas sobre a atribuição dos respectivos ônus – são dirigidas essencialmente ao juiz, e não às partes, somente o risco de perda da prova justifica sua produção de forma anterior ao citado momento. É que, atrelando-se o ônus da prova ao julgamento estatal e ao juiz, parece realmente ser mais difícil justificar a produção da prova antes da instauração do processo destinado à declaração do direito (exceto pela urgência), justamente porque se pensa exclusivamente na relação que existe entre o encargo e o julgamento final (inclusive com a possibilidade de aquele ser definido somente por ocasião deste).

Contudo, quando se enfatiza o seu aspecto subjetivo, é inegável a influência que o ônus da prova exerce sobre as partes de modo que elas

passam a ser vistas como destinatárias das normas que distribuem o ônus da prova, reconhecendo-se que tal atribuição tem decisiva influência sobre o comportamento daquelas em juízo e mesmo antes dele, dadas as repercussões concretas – de ordem jurídica, econômica e pessoal – que acarreta. Visto o fenômeno sob esse ângulo, percebe-se que a distribuição do ônus da prova tem peso relevante na avaliação de riscos e de chances pelos interessados quanto aos rumos do processo voltado a declaração do direito.

[...] Por outras palavras, a prova – incluídas, aí, as regras sobre distribuição dos respectivos ônus – é voltada para o juiz quando se tem em mente o

juízo estatal; fora daí, a prova é também dirigida às partes, como elemento determinante de suas condutas em juízo e fora dele.

De fato, não há como negar que as regras de distribuição do ônus da prova exercem um papel fundamental na postura dos litigantes ou daqueles que ainda pretendem pleitear alguma tutela jurisdicional. A carga probatória que deverá ser suportada em processo de conhecimento e, conseqüentemente, a dificuldade de dela se desincumbir, é um dos fatores essenciais a serem ponderados quando se projeta as chances de êxito em uma demanda e, assim, a postura que se adotará diante de um litígio.

No mais, a essência e o rito da produção antecipada de provas sem urgência permitem igualmente concluir que o resultado da atividade que será desenvolvida se destina principalmente aos interessados que ali estão e não ao juiz.

Na produção antecipada de provas sem urgência o que se pede do estado juiz é apenas e tão somente a realização de uma atividade de investigação sobre determinados fatos, sendo inclusive vedado, nesse momento, qualquer manifestação oficial sobre a suficiência das provas em favor de determinado fato ou sobre as respectivas conseqüências jurídicas (art. 382, §2º do CPC/15). Assim, surge inegável que a prova ali produzida não é precipuamente destinada a formar o convencimento de algum magistrado a respeito de algum fato, mas sim de permitir a valoração da prova pelos interessados na sua produção antecipada.

Ademais, as próprias hipóteses de cabimento da produção antecipada de provas sem urgência, conforme enunciadas nos incisos II e III do art. 381 do novo Código de Processo Civil igualmente induzem a essa conclusão. Como expediente aqui em comento é admitido visando fomentar a solução autocompositiva do conflito, é claro que a prova inegavelmente tem como destinatário imediato as partes envolvidas nesse conflito. De igual modo, se a prova a ser antecipada for essencial para aparelhar uma ação de conhecimento ou induzir ao seu não ajuizamento, é claro que ela se destina aquele que poderia ajuizar ou não a referida ação.

2.6 O “direito de provar” e o “direito à prova”

Finalizando as premissas básicas desse estudo, convém delimitar e diferenciar o que se chamará de “direito de provar” e “direito à prova”.

Por “direito de provar” entende-se o “direito de empregar todos os meios disponíveis para demonstração da verdade dos fatos em que fundada uma pretensão ou resistência, no contexto de um dado processo cujo objeto é a declaração do direito” (YARSHELL, 2009, p. 232-233). Esse direito, reconhecido à unanimidade pela doutrina e

jurisprudência pátria, é um direito constitucional fundamental implícito ou decorrente do sistema, derivado do direito de acesso a ordem jurídica justa, da garantia do devido processo legal e das garantias da ampla defesa e do contraditório. (arts. 5º da Constituição Federal, §2º, e incisos XXXV e LIV, respectivamente) (CAMBI, 2001, p. 44-46 e 155-166).

De outro lado, o “direito à prova” consiste simplesmente no direito à “produção (obtenção e pré-constituição) de determinada prova, entendido como a prerrogativa de invocar do Estado um ato que se esgote aí”. Não se trata de direito que pode ser entendido como uma das “posições jurídicas integrantes do feixe que o direito de ação e o de defesa englobam, [e nem mesmo] como um mero desdobramento do direito de invocar um provimento jurisdicional que declare o direito em uma dada situação concreta”. (YARSHELL, 2009, p. 233-234).

Com efeito, o “direito à prova” com a extensão dada por esse trabalho consiste no reconhecimento de que a prova produzida antecipadamente por intermédio do Estado-Juiz é uma prévia segura de como a verdade dos fatos eventualmente será construída no bojo do processo declaratório, o que pode fornecer as partes uma chance única e imprescindível de avaliar as suas chances e riscos nesse mesmo processo. Assim, munidas dessas informações, as partes poderiam dirigir esforços para o meio de solução de controvérsias mais adequado ao seu litígio – o que pode incentivar a solução consensual dos conflitos –, melhor instruir uma eventual ação ou mesmo evitá-la.

Como se vê, o fundamental para o reconhecimento desse direito é uma desvinculação daquela ideia de que a prova se dirige principalmente – se não exclusivamente – ao juiz que seria competente para julgar o conflito no qual ela seria empregada, realçando a influência que ela pode gerar nas partes envolvidas em dada situação jurídica de direito material, ainda que antes ou independentemente de qualquer processo de conhecimento no qual ela poderia ser empregada.

3 A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS: DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 AO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

3.1 A ação de produção antecipada como uma espécie de cautelar no CPC/73

O Código de Processo Civil de 1973 somente permitia, como regra, a antecipação cautelar da prova (art. 846 a 851). Por outro modo, somente era possível antecipar as diligências probatórias quando houvesse presente no caso concreto os elementos básicos de qualquer medida cautelar: o *fumus bono iuris* e o *periculum in mora*.

Conforme ensina a clássica doutrina, “a fumaça do bom direito decorrerá da indicação da pretensão principal e da importância da produção da prova requerida para a resolução da lide principal”; já o perigo da demora “decorre da existência de situação de urgência, evidenciada pelo risco de lesão, perecimento ou desaparecimento da prova, impossibilitando sua colheita em momento posterior”. De outro modo, se a prova pudesse ser produzida em “momento adequado”, não se admitiria a sua antecipação, pois faltaria “o *periculum in mora* indispensável à concessão da medida.” (MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, 2013, p. 178-179).

Conforme já visto, essa posição decorre da ideia de que o juiz do processo cognitivo é – se não o único – o principal o destinatário da prova, e, assim, somente diante do risco de sua produção em momento adequado ulterior, ou seja, na fase instrutória do processo de conhecimento e perante o magistrado competente para julgar a lide ali posta, é que seria lícito antecipar as diligências probatórias.

Ademais, sendo prevista como uma espécie de cautelar, a produção antecipada de provas no Código de 1973 estava submetida – ao menos pela literalidade da lei – ao regime próprio das cautelares como, p. ex., a necessidade de ajuizamento da “ação principal” quando requerida em caráter antecedente (art. 806).

Contudo, nota-se que a doutrina e a jurisprudência passaram a, consciente ou inconscientemente, “mitigar” o caráter cautelar da produção antecipada de provas, dando-lhe cada vez mais autonomia e aproximando-a do que se convencionou chamar nesse trabalho de “direito à prova”.

Passemos a analisar essas “mitigações”.

3.2 Mitigações do caráter cautelar da ação de produção antecipada de provas

3.2.1 *Desnecessidade do ajuizamento da “ação principal”*

Um dos pontos que chama mais atenção quanto à mitigação do caráter cautelar da produção antecipada de provas do Código Buzaid, é o reconhecimento, praticamente uníssono, de que o quando aquela medida for requerida em caráter antecedente não haverá necessidade de interposição da “ação principal”, sendo inaplicável à espécie o art. 806.

Esse entendimento funda-se, principalmente, na ideia de que a produção antecipada de provas não teria caráter restritivo de direitos ou de constrição de bens. Contudo, essa constatação não parece ser correta: a produção da prova, em menor ou maior medida, sempre importa em alguma espécie de invasão do direito à privacidade¹⁷ daquele de quem se exige algum ato tendente a produzir a prova.¹⁸

Nesse ínterim, e talvez a constatação que mais chama a atenção para o acerto dessas conclusões, é que o dever de colaboração com o Poder Judiciário para a descoberta da verdade não é absoluto, ou seja, nem sempre é possível obrigar as partes ou terceiros a alguma atividade probatória¹⁹. Com efeito, a de se convir, que se a produção de provas realmente não importasse em qualquer restrição ou constrição na esfera jurídica de outrem, sendo, nesse sentido, completamente neutra ou indiferente às partes ou terceiros, não haveria qualquer sentido em limitar esse dever de cooperação.

De outro lado, há, ainda, quem fundamente a desnecessidade de ajuizamento da “ação principal” ao argumento de que a produção antecipada de provas teria caráter “satisfativo”, o que tornaria inaplicável a regra do art. 806 do CPC/73, pois não haveria

¹⁷ Seguindo os comentários de José Afonso da Silva (2012, p. 205-206) sobre o inciso X do art. 5º da Constituição Federal, a expressão “direito à privacidade” é aqui empregada em sentido genérico e amplo, “de modo a abarcar todas essas manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, que o texto constitucional consagrou”.

¹⁸ Com efeito, ensina Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 333) que, “ainda que com variações de intensidades decorrentes das particularidades de cada meio de prova, a produção desta última importa sempre alguma invasão da esfera individual – inclusive, eventual, de ‘terceiros’. Em matéria probatória [...] estão em jogo valores como intimidade, sigilo e privacidade, dentre outros. Portanto, conquanto seja afirmação recorrente na doutrina, não se afigura exato invocar, ainda que a pretexto, de manter a eficácia da prova produzida antecipadamente, o fundamento de inexistência de constrição ou caráter restritivo. Aliás, para que haja constrição não é preciso sejam adotados mecanismos de sub-rogação, como da busca e apreensão de documentos. Havendo determinação para que a prova se realize, o cumprimento voluntário do comando – no contexto de medidas coercitivas que podem vir a ser empregadas – não afasta, conceitualmente falando, a constrição que se opera na esfera jurídica”.

¹⁹ Sobre o tema, aduzem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 151): “[...] O dever de colaboração nem sempre se impõe às partes ou aos terceiros. Por razões claras, as partes têm um dever mais abrangente do que determinados terceiros, sendo que algumas restrições aplicáveis a estes podem não ser invocáveis por aquelas. Porém, há situações em que ninguém (seja parte ou terceiro) está sujeito à colaboração com a jurisdição. **Normalmente tais casos vinculam-se a situações de proteção de outros interesses – também relevantes para a ordem jurídica – que, no caso concreto, acabam por sobrepor-se à genérica imposição de colaboração**”. (destaquei)

sentido em negar a eficácia probatória do quanto se produziu. Todavia, uma “explicação dessa ordem parece querer contornar o que é essencial e inegável: a desvinculação da ação ‘principal’ [...] mostra que a produção antecipada de prova pode ter, e efetivamente tem, caráter autônomo” (YARSHELL, 2009, p. 334).

De todo modo, em que pese a pertinência ou não das razões invocadas pela doutrina majoritária para afastar a necessidade do ajuizamento da “ação principal” no caso em estudo, o fato é que se admite que a ação de produção antecipada de provas existe *per se*, sem necessariamente ter um caráter de “acessoriedade” em relação a uma outra ação. Assim, a prova produzida antecipadamente nunca perderia a sua força probante apenas pelo fato de não ter oportunamente ajuizada a “ação principal”²⁰.

3.2.2 *O periculum in mora na cautelar de produção antecipada de provas*

Distanciando-se da doutrina clássica, Daniel Amorim Assumpção Neves (2009) propôs um novo olhar sobre o *periculum in mora* necessário a permitir a antecipação da prova cautelar da prova conforme prevista no Código Buzaid.

Conforme já visto, para quase a unanimidade da doutrina, o perigo da demora nas ações probatórias cautelares diz respeito ao risco que poderia gerar a impossibilidade da prova ser produzida posteriormente em momento adequado, qual seja, no bojo do processo cognitivo e, mais especificamente, em sua fase instrutória. Haveria aqui, então, uma incoerência: diferentemente do que ocorre com as cautelares em geral²¹, a preservação do resultado útil e eficaz do processo do processo não é o objeto imediato da cautelar probatória²², visto que essa

²⁰ Mesma a parcela minoritária da doutrina que advogava pela plena aplicabilidade do art. 806 do CPC/73 à ação cautelar antecedente de produção antecipada de provas, não reconhece essa ineficácia. Expressivas, nesse sentido, as lições de Moacyr Amaral Santos (1983, p. 349): “[...] A ineficácia da produção antecipada de prova de caráter *preparatório*, por não haver sido proposta a ação principal no prazo de trinta dias contados da efetivação da medida cautelar, afeta tão-somente a *medida*, que *perde o seu caráter de preparatória*. Ineficaz se faz a medida, que não pode ser admitida como *preparatória* da ação principal, mas a *prova* produzida homologada por sentença terá a eficácia própria das provas em geral, porquanto aquilo que demonstrava o fato provado por ocasião da realização da prova não perde o seu caráter de instrumento dessa prova. O que seria verdade ao tempo em que se produziu a prova não deixa de ser verdade referentemente ao fato nesse tempo”. (Itálicos do original).

²¹ Versando sobre a finalidade da tutela cautelar, escrevem José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas Araújo e Fernando da Fonseca Gajardoni (2013, p. 76-77): “A tutela cautelar tem escopo assecuratório: garantir a eficácia e a utilidade de providência jurisdicional pleiteada em caráter ‘principal’ – em outro processo (de conhecimento ou de execução) ou no mesmo processo (no caso do §7º do art. 273 do CPC [de 1973]). Tem a tutela cautelar dupla instrumentalidade (instrumento para a proteção de um outro instrumento, qual seja, o processo de conhecimento ou execução). A tutela cautelar, a rigor, não realizada *satisfação* da pretensão da parte, mas cria condições para que tal satisfação se dê, se acolhido o pedido principal [...]”

²² É o que notou com acuidade Carvalho Santos (*apud* FADEL, 2010, p. 1059): “A prova *ad perpetuam* efetivamente não é uma medida preparatória igual ou semelhante às outras. Não tem por finalidade servir de base a qualquer ação, mas, sim, o que é coisa diversa, preparar, antecipadamente, uma prova que, na ocasião própria, talvez não seja possível produzir”

tutelar a preservação de um ato processual: a eventual produção da prova em momento adequado (NEVES, 2009, p. 37-38).

Assim, o referido jurista apresenta uma proposta de “realinhamento” entre os conceitos de “*periculum in mora* das ações cautelares em geral” e de “*periculum in mora* das ações cautelares probatórias”, de modo que deve ser permitida a antecipação cautelar da prova sempre que ela puder garantir o resultado útil e eficaz do “processo principal”, entregando-se ao vencedor deste exatamente “aquilo que ele tem direito a receber, ou, mais precisamente, nas palavras de Chiovenda, entregar ao vencedor exatamente aquilo que ele teria recebido se o devedor tivesse cumprido, voluntariamente, sua obrigação.” (NEVES, 2009, p. 40).

Em suma, partindo-se da premissa de que o resultado útil e eficaz de um processo é aquele que, do ponto de vista do direito material, entrega a prestação que o autor teria direito se a obrigação fosse cumprida voluntariamente, e que o prévio conhecimento dos fatos litigiosos no qual as partes estão imersas conduz a solução consensual dos conflitos – o que, de certa forma, seria equivalente (ou até melhor) ao desfecho do que se almejava no processo principal – essa proposta de ajustamento do *periculum in mora* conduziria autonomia e a uma nítida aproximação do que aqui se convencionou chamar de direito à prova.²³

Ainda que não se preste adesão integral a esse entendimento²⁴, é notório que ele pode ser enquadrado nas mitigações que a doutrina foi dando ao caráter cautelar da produção antecipada de provas conforme prevista no Código Buzaid, abrindo o caminho para a admissão de uma ação autônoma de produção antecipada de provas sem o requisito da urgência.

²³ Com efeito, Daniel Amorim Assumpção Neves (2009, p. 42) assim sintetiza a sua tese: “A proposta é bastante simples: deixar de exigir para a concessão de uma produção autônoma de prova a comprovação – ainda que de forma sumária – do perigo de que, se não for produzida em momento antecedente, não mais será possível sua produção ou a mesma se tornará muito difícil. É possível, sem retirar a natureza cautelar dessas ações, somente modificando o ângulo de visão a respeito do *periculum in mora*, admitir a qualquer interessado a provocação do Poder Judiciário para a produção de uma prova ainda que seja plenamente possível produzi-la posteriormente, durante a fase instrutória de eventual processo principal. Para que, mesmo com a nossa atual legislação, ao aplicarem-se princípios da teoria geral da cautelar, seria possível chegar a tal conclusão. De qualquer forma, e essa é a proposta principal do presente trabalho, ainda que preso à definição clássica de *periculum in mora* para as cautelares probatórias, seria interessante ao ordenamento uma mudança *de lege ferenda*, para que se criasse, em nosso ordenamento, uma ação autônoma de produção de prova, independente de perigo ou não para a sua produção [...]”

²⁴ Em complemento a nota anterior: não parece que tenha havido apenas uma “nova abordagem” do *periculum in mora*, mas sim uma verdadeira aniquilação desse requisito para que seja admitida a produção antecipada de provas. Afinal, qual seria, na forma como exposto, o “perigo da demora”?

3.2.3 A peculiar instrumentalidade hipotética das cautelares probatórias

Uma das principais características do processo cautelar é a chamada “instrumentalidade hipotética”²⁵, postulado segundo o qual, em breves palavras, a medida cautelar liga-se a outro processo, chamado de “principal” cuja efetividade tem o fim de assegurar.²⁶

O destaque para o caráter meramente hipotético dessa instrumentalidade é essencial, pois é impossível prever, já no ajuizamento, se a tutela cautelar será, efetivamente, apta a garantir a eficácia do resultado de um “processo principal”. Como sistematizado por Daniel Amorim Assumpção Neves (2009, p. 28-30), essa característica se revela de maneira clara em pelo menos duas ocasiões.

Em primeiro lugar, por não ser possível saber se o interessado é realmente titular do direito material que se busca preservar, sendo plenamente possível se imaginar que na futura “ação principal” se mostre sem qualquer direito o sujeito protegido pela tutela cautelar. Assim, é possível, p. ex., que a ação cautelar seja procedente, mas que a “ação principal” seja julgada improcedente.

Em segundo lugar, essa situação surge clara – e aqui é o ponto que queremos destacar – quando o “processo principal” não vier a ser ajuizado, em razão do beneficiado pela tutela cautelar obter voluntariamente o reconhecimento ou a satisfação do seu direito. Nesses casos, é possível defender que “a tutela cautelar terá auxiliado, não para o resultado do processo seja útil e eficaz, já que esse processo nem mesmo existirá, mas para que, no plano prático, tenha-se gerado uma situação idêntica àquela que se busca classicamente” com a tutela jurisdicional: a pacificação dos conflitos.

Essa última hipótese se revela de maneira altamente sensível na ação de produção antecipada de provas. Esta medida permite que haja uma prévia de como os fatos serão

²⁵ Em razão dessa característica, as medidas cautelares são também chamadas pela doutrina de “instrumento do instrumento” ou “instrumento ao quadrado” (NEVES, 2009, p. 27).

²⁶ Esclarecedores, nesse ponto, as palavras de Alexandre Freitas Câmara (2010, p. 21): “É certo que todo processo é instrumental, sendo a instrumentalidade do processo uma de suas características mais relevantes e evidentes. Esta instrumentalidade, como sabido, se manifesta de duas formas: o processo é instrumento de que se vale o Estado para atingir os escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição (instrumentalidade em sentido positivo), e é, além disso, instrumento de realização da vontade concreta do direito substancial (instrumentalidade em sentido negativo). É a este segundo sentido da instrumentalidade do processo que se liga a característica de que ora tratamos. É preciso ter claro o seguinte: enquanto o processo principal é instrumento de realização do direito material, o processo cautelar é instrumento de realização do processo principal. Por isto, aliás, já se disse que o processo cautelar é o *instrumento do instrumento*. A medida cautelar é deferida com base num juízo de probabilidade, pois que cabe ao juiz apreciar a pretensão da concessão da medida verificar se é provável a existência do direito material afirmado pelo demandante. Cabe, pois, ao juiz conceder a medida cautelar para a *hipótese* de, no processo principal, ser deferida a medida satisfativa do direito substancial. É por ser concedida como instrumento de tutela desta *hipótese* (a de o demandado ser vencedor no processo principal) que se afirma que a medida cautelar se caracteriza pela *instrumentalidade hipotética*” (itálicos do original)

levados ao Poder Judiciário e, assim, fornece às partes parâmetros objetivos para a avaliação de suas chances e riscos na “ação principal”, induzindo-as ou, quando menos, preparando uma base segura para que possa ocorrer uma composição amigável do conflito.²⁷

Se correta as ilações acima, a “instrumentalidade hipotética” parece, por assim dizer, “ainda mais hipotética” na cautelar de produção antecipada de provas ou, pelo menos, se manifesta de maneira sensivelmente diversa.

A medida não só teria o condão de antecipar diligências probatórias que ocorreriam apenas posteriormente, mas também de, ao mesmo tempo, fomentar que as partes cheguem a uma solução autocompositiva do conflito e assim tornar desnecessária qualquer “ação principal”. A cautelar de produção antecipada de provas seria, sob esse prisma, uma contradição em si mesma: de um lado, afasta o risco de uma prova não poder ser produzida no momento adequado em futuro processo de conhecimento e, sob esse prisma, seria uma genuína cautelar ao assegurar a higidez de um outro processo; mas, de outro, apresenta grande potencial de tornar desnecessário e inútil o próprio processo que deveria estar sendo acautelado.

Assim, a cautelar de produção antecipada de provas já era vista, não apenas como um instrumento para evitar o perecimento da prova que não poderia ser produzida na fase adequada para tanto, mas também de viabilizar o direito ao adequado tratamento dos conflitos²⁸ e a justa composição da lide²⁹.

3.2.4 Classificação da ação de produção antecipada de provas em preventivas ou preparatórias

Com o intuito de classificar a produção antecipada de provas quanto a finalidade por elas visadas, Moacyr Amaral dos Santos (1983, p. 324) a divide em “preventivas” e “preparatórias de ação”.

²⁷ Nas palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves (2009, p. 29-30), “a obtenção de provas de determinados fatos – em tese favoráveis ao requerente, titular do direito material – poderá levar o requerido a adotar determinada postura que não adotaria diante da incerteza fática anterior. Não é absurda a hipótese de, ao ser demonstrado determinado fato, restar claro o direito do requerente, o que forçará o requerido a celebrar uma transação extrajudicial ou até mesmo a satisfação do direito para evitar uma demanda judicial em que já sabe sairá derrotado. Nesses casos, a cautelar probatória terá contribuído, de forma *sui generis*, para uma tutela jurisdicional efetiva sem nem mesmo existir o processo principal”

²⁸ Sobre esse direito, confira a famigerada Resolução 125/10 do Conselho Nacional de Justiça.

²⁹ Aduz, com efeito, Humberto Teodoro Júnior (2006, p. 320): “Como a finalidade do processo é a justa composição do litígio e ela só é satisfeita mediante a descoberta da verdade, a medida que vise tutelar a comprovação antecipada da verdade serve indubitavelmente mais ao *processo* que propriamente ao interesse ou ao direito subjetivo da parte. Essa medida fica, pois, pré-coordenada à melhor e mais útil atuação do processo, como instrumento da justa composição da lide, seja a solução final favorável ao que pede a medida cautelar, seja contrária à sua pretensão”.

Assim, de um lado, seria “preventiva” ou “propriamente preventiva” quando a prova a ser antecipada visa assegurar a eficácia de um direito. Por outras palavras, essa espécie seria vislumbrada “quando alguém sente a necessidade, ou mesmo a oportunidade, de acautelar-se e promover processo probatório *preventivo*, com o escopo de preparar uma prova da qual *atualmente* não tem necessidade [...], mas que prevê seja necessária no futuro”. Assim, a produção antecipada de provas atuaria quando houvesse apenas uma previsão de eventual litígio no qual a prova poderia ser utilizada. (SANTOS, 1983, p. 324-326. Itálicos do original)

De outro lado, seria “preparatória” ou “preliminar” a produção antecipada de provas preventiva que se justificariam “pela necessidade de servir de fundamento à ação principal, que não pode ter lugar ou não pode ser proposta utilmente, sem que antes seja aplainada a estrada que ela tem de percorrer em juízo”. Portanto, haveria lugar para a produção antecipada de provas dessa espécie quando já violado ou ameaçado o direito, “pelo que tende a preparar os elementos que sirvam de fundamento à ação em que vai ser pleiteada a sua restauração, ou seu reconhecimento” (SANTOS, 1983, p. 326).

Como se vê, essa classificação da produção da prova *ad perpetuam rei memoriam* não leva em conta o risco da produção da prova em momento ulterior, considerando mais a conservação do próprio direito da parte interessada. De todo modo, ainda que essa classificação não tenha contado com adesão da doutrina mais moderna, é certo que dela se pode extrair o “reconhecimento de que a urgência não é a exclusiva razão que justifica a produção antecipada de provas” (YARSHELL, 2009, p. 418).

3.2.5 Caráter satisfativo

Ainda que de modo não muito expressivo, havia vozes doutrinárias que sustentavam o caráter satisfativo da ação cautelar de produção antecipada de provas, a espelho do que já ocorria com as outras vias de produção antecipada de provas previstas no CPC/73, conforme se verá a abaixo.

Nesse sentido, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Galeno Lacerda (2007, p. 239) defendem que é possível a existência de espécies de produção antecipada de provas que prescindiriam do requisito do *periculum in mora*, de modo que “a vistoria será pedida então com o só intuito de se apropriar o requerente de dados para conhecimento de determinados fatos ou para o aforamento de eventual demanda futura”

A situação que parece ter inspirado os referidos juristas a chegarem a essa conclusão é aquela na qual o ajuizamento da “ação principal” é impossível sem um mínimo de

provas pré-constituídas, visto que essa é exigida já com a inicial.³⁰ Nesses casos, a produção antecipada de provas teria cabimento mesmo quando não houvesse risco de sua produção em momento ulterior e adequado, visto que ela se mostraria imprescindível para a própria existência da “ação principal”. Assim, deveria ser afastado o requisito da urgência e ser admitida a antecipação da prova em caráter satisfativo, aproximando-a da ação de justificação e de exibição de documentos.

Os referidos autores não esclarecem *o que ou qual direito* estaria sendo satisfeito com essa produção antecipada de provas sem o requisito da urgência. Contudo, se admitem que a consecução de uma prova por intermédio do Poder Judiciário é algo que, *per se*, satisfaz algum direito do requerente da medida, parece ser inescapável que a atividade jurisdicional foi desenvolvida para tutelar o que aqui se convencionou chamar de “direito à prova”.

3.3 Vias de produção antecipada de provas sem urgência no Código de Processo Civil de 1973

Ainda sobre a égide do Código de Processo Civil de 1973 a doutrina já havia identificado a existência de meios processuais que poderiam ser utilizados para a produção antecipada de provas sem urgência.

É, como já visto, o caso da própria ação cautelar de produção antecipada de prova: as “mitigações” acima trabalhadas pareciam conduzir, ainda que de maneira nem sempre clara e intencional, a um afastamento do caráter cautelar da referida ação, dando-lhe cada vez mais autonomia e abrindo espaço a produção antecipada de provas desvinculada do requisito da urgência.

Do mesmo modo, foram apontados como meios de produção antecipada de provas sem urgência durante a vigência do Código Buzaid a justificação, o arrolamento de bens e a exibição de documentos. (YARSHELL, 2009, p. 415-440).

Esses institutos processuais, antes disciplinados pelo legislador do Código de 1973 como espécies de medidas cautelares, com a edição do Código de 2015 passaram a,

³⁰ Observe: “Pondera-se, invocando-se para tanto o disposto no art. 849 [do CPC/73], existir um *periculum in mora* no sentido *material* e outro no sentido *jurídico*. Com amparo nessa distinção, entende-se lícito ao autor, desprovido de dados que permitam a descrição de imóvel a ser reivindicado, alegar *impossibilidade jurídica* de provar um requisito básico da demanda futura, habilitando-se, assim, ao exame pericial antecipado de natureza cautelar. A construção, embora sagaz, parece-nos desautorizadas pelo próprio art. 849, que recorre a fato impossível ou muito difícil de ser verificado na pendência da ação. Aqui, cuida-se de fato que o autor há de enunciar na própria petição inicial da demanda principal, componente da *causa petendi*, e não a ser demonstrado no curso do procedimento. Em realidade, a demonstração do *periculum in mora* estará dispensada em virtude da natureza satisfativa do pedido de exame pericial antecipado” (OLIVEIRA; LACERDA, 2007, p. 239. Itálicos do original)

expressamente, exemplificar e complementar o que se entende legislativamente por direito à prova, esse último enunciado, de maneira genérica, pelo art. 381.

Desse modo, o estudo dessas vias de produção antecipada de provas sem urgência será feito de maneira mais detalhada ulteriormente e em capítulos próprios e oportunos desse trabalho, sendo suficiente, nesse momento, destacar que a produção antecipada de provas sem urgência já era uma realidade no Código Buzaid.

3.4 O Código de Processo Civil de 2015

Finalizando essa breve incursão sobre a produção antecipada de provas no Código Buzaid, urge, agora, trazermos o que dispõe a respeito o Código de Processo Civil de 2015.

Nesse mister, convém destacar de início que a nova legislação extinguiu todas as cautelares em espécie, de modo que, agora, todas as medidas acautelatórias devem ser requeridas com base no poder geral de cautela do juiz³¹. Assim, não há mais previsão análoga àquela prevista nos arts. 846 a 851 do CPC/73 para a ação cautelar de produção antecipada de provas cautelar, e nem mesmo quanto àquelas outras vias de produção antecipada de provas, visto que todas constavam do livro das cautelares.

De maneira diversa, o novo Código unificou a disciplina da produção antecipada de provas em uma única seção³² intitulada “Da Produção Antecipada de Provas” composta dos art. 381 a 383, e onde está a disciplina legal da antecipação cautelar de prova e, também, da antecipação da prova desvinculada do requisito da urgência, essa última, objeto desse trabalho.

Nesse momento, convém destacar que, abrindo a referida seção, o art. 381 prescreve que a produção antecipada da prova será admitida nos casos em que (I) haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; (II) a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a

³¹ Nos termos da exposição de motivos do projeto do Senado: “Extinguiram-se [...] as ações cautelares nominadas. Adotou-se a regra no sentido de que basta à parte a demonstração do *fumus boni iuris* e do perigo de ineficácia da prestação jurisdicional para que a providência pleiteada deva ser deferida. Disciplina-se também a tutela sumária que visa a proteger o direito evidente, independentemente de *periculum in mora* [...]. Ambas essas espécies de tutela [tutela da urgência e da evidência] vêm disciplinadas na Parte Geral, tendo também desaparecido o livro das Ações Cautelares. A tutela de urgência e da evidência podem ser requeridas **antes** ou **no curso** do procedimento em que se pleiteia a providência principal. Não tendo havido resistência à liminar concedida, o juiz, depois da efetivação da medida, extinguirá o processo, conservando-se a eficácia da medida concedida, sem que a situação fique protegida pela coisa julgada. Impugnada a medida, o pedido principal deve ser apresentado **nos mesmos autos** em que tiver sido formulado o pedido de urgência. As opções procedimentais acima descritas exemplificam sobremaneira a concessão da tutela cautelar ou antecipatória, do ponto de vista procedimental”. (destaques não são nossos).

³² Topologicamente, a referida seção está assim localizada no novo Código: “Parte Especial” > “Livro I”: Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença > “Capítulo XII”: Das Provas > “Seção II”: Da Produção Antecipada Da Prova.

autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; e (III) o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

Como se vê, o novo Código passou expressamente a admitir, ao lado da cautelar de produção antecipada de provas prevista no inciso I, a produção antecipada de provas sem urgência nos incisos II e III do supratranscrito art. 381.

No mais, nos parágrafos do indigitado artigo, o legislador exemplificou o direito à prova justamente com aquelas medidas já apontadas no Código Buzaid como vias de produção antecipada de provas sem urgência, como a justificação e o arrolamento de bens.

4 DEVERES NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS SEM URGÊNCIA

4.1 Dever de colaboração ou cooperação

O devido processo legal brasileiro vem se distanciando dos tradicionais modelos adversariais e inquisitoriais de organização do processo, e aproximando do que a doutrina vem chamando de um “processo cooperativo” (DIDIER JUNIOR, 2013b, p. 73-82), tendência essa que não foi ignorada pelo novo Código de Processo Civil, que consagra, de forma expressa e abundante, a exigência de colaboração/cooperação entre as partes. (ZUFELATO, 2013, p.104).

Nessa linha destaca-se o art. 6º do CPC/15 que prescreve, como norma fundamental do processo civil brasileiro, que **‘todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si** para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. (destaquei).

Para fins desse trabalho, contudo, não nos convém debruçar-se sobre o princípio da cooperação em si e os diversos dispositivos que agora versam sobre ele, mas apenas e tão somente sobre os seus desdobramentos no tema da prova e, mais especificamente, quando inserido em um procedimento no qual se produz prova antecipadamente sem urgência. Nesse mister, interessantes conclusões podem ser extraídas do confronto do dever de colaboração para a produção da prova no bojo do processo de conhecimento, de um lado, e nos procedimentos de produção antecipada de provas sem urgência, de outro.

Conforme elucidado por Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 173-179), é “difícil encontrar, na perspectiva da prova produzida dentro do processo cujo objeto é a declaração do direito, hipóteses de verdadeiros deveres de colaboração em matéria de prova, dada a prevalência das situações em que caracterizado verdadeiro ônus dos interessados”.

De fato, a inércia ou falta de colaboração na produção de provas no bojo do processo declaratório se resolve, como regra, não com autênticas sanções à parte relapsa ou desidiosa³³, o que configuraria se houvesse um “dever” nessa seara, mas sim com um

³³ Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 156) a “sanção” geralmente aplicada pela falta de colaboração com o Poder Judiciário em matéria probatória é “a presunção da veracidade do fato. Nesse caso, a conduta da parte que se recusa a colaborar com o Poder Judiciário é tomada como indicativo de se interesse em omitir algo ou em falsear a verdade”. Contudo, outras sanções – aí sim em sentido técnico – são cabíveis como a possibilidade da parte ser enquadrada como litigante de má-fé com fulcro nos art. 17 e 18 do CPC de 1973.

verdadeiro o “ônus”. Dessa feita, aquele que não se desincumbiu da produção de prova de seu interesse na fase adequada do processo de conhecimento, tem essa falta sopesada contra si no momento da decisão estatal sobre a controvérsia, o que parece esgotar, a luz da legislação pátria, qualquer “sanção” que a parte poderia sofrer.³⁴

Contudo, nos procedimentos nos quais a prova é produzida antecipadamente e sem vinculação imediata do julgamento estatal, parece, aí sim, ser esboçado um verdadeiro dever de colaboração.

O escopo desse instituto é o de possibilitar aos interessados o conhecimento necessário à formação de suas próprias convicções e à adoção da postura mais adequada a solução do litígio. Assim, é necessário, como já visto, uma mudança de paradigma para pensar a prova como elemento apto a formação do convencimento das próprias partes, e não apenas do órgão julgador. E mais: é necessário pensar igualmente em uma mudança do conteúdo do dever de colaboração ou cooperação, que passaria a conter não apenas uma busca de convencimento do magistrado para que seja proferida uma decisão justa, mas sim de convencimento das próprias partes. (YARSHELL, 2009, p. 168-173)

Desse modo, ainda que não haja, clara e expressamente, verdadeiras sanções àqueles que pura e simplesmente não cooperam na produção antecipada de provas, parece que quando o litígio é levado ao Poder Judiciário, aquele indivíduo que infringiu o aludido dever pode e, em certa medida, deve ser tratado com menor tolerância. Assim, p. ex., aquele, sem qualquer motivo justificado e mesmo após regularmente citado, não comparece a inquirição de uma testemunha, não poderá, em tese, alegar prejuízo por esse fato ou, até mesmo, pretender inquiri-la no bojo do processo de conhecimento, sob pena de estar agindo contrariamente aos princípios da colaboração e da boa-fé objetiva. Do mesmo modo, aquele que falte em depoimento pessoal antecipado, deve ter a sua falta valorada contra si, sendo possível aplicar aqui até mesmo as penas da confissão, o que limitaria (e muito) qualquer movimento no bojo do processo declaratório.

³⁴ Assim conclui Leonardo Greco (2002) após confrontar o direito probatório dos sistemas de *civil law* com os sistemas da *comum law*: “[...] nos países da common law, apesar de recentes reações, a iniciativa probatória é quase exclusiva das partes; há uma especial valorização das provas orais colhidas sob contraditório através da *cross examination* (inclusive o depoimento pessoal das partes e a prova pericial) e do dever de colaboração das partes na apuração da verdade, este revelado especialmente pelo instituto da *discovery*, que obriga cada uma das partes a produzir provas de interesse da outra, até mesmo a respeito de fatos aparentemente irrelevantes, sob pena de sanções rigorosas (*contempt of court*). O juízo de admissibilidade da prova somente vai ocorrer na fase do *trial*, depois que a prova já foi recolhida através da *discovery* na fase do *pre-trial*, na qual as partes não tiveram de definir com os fatos que pretendiam provar. Na ausência de uma efetiva exigência de colaboração das partes, cuja liberdade e privacidade são muito respeitadas, os países da *civil law* supervalorizam as regras de distribuição do ônus da prova.” (itálicos do original)

Se a produção antecipada de provas tem como escopo fundamental fornecer elementos de prova para as partes avaliarem as suas chances em futuro processo cognitivo, aquele que não coopera ou colabora com esse mister deve ser visto com reprovado. Assim, ainda que não haja sanção expressa para a espécie, certamente é fácil enquadrar a parte faltoso, ainda que *a posteriori*, como litigante de má fé.

4.2 Dever de antecipar a prova antes do processo cognitivo

Ainda em momento anterior a instauração do processo judicial e, portanto, antes de qualquer relação jurídico processual, parece que os titulares de dada relação jurídica substancial possam ou até mesmo devam agir levando em conta a eventualidade de uma futura disputa judicial. Assim,

não parece ser exagerado nem artificial dizer que os interessados, agindo com diligência e transparência, se disponham a adotar providências que, de alguma forma, são pensadas para produzir efeitos se e quando uma controvérsia surgir e, eventualmente, acabar formalizada perante o poder judiciário. E dentre essas providências parecem ter relevância, justamente, a prova e respectiva pré-constituição [...] (YARSHELL, 2009, p. 188-189)

Não por outro motivo, é natural que as relações jurídicas ordinariamente constituídas – principalmente naquelas mais importantes social, econômica e politicamente – haja uma tendência das próprias partes se resguardarem, consciente ou inconscientemente, pré-constituindo alguma prova. É o que se dá, por exemplo, com a predileção pela forma escrita de diversos negócios jurídicos que poderiam ser lícitamente celebrados oralmente (mutuo feneratício, locação de imóveis, compra e venda de automóveis, dentre outros); ou, ainda, e mais modernamente, pela prática de se “formalizar” as mais diversas tratativas através da troca de *e-mails*.

Isso reflete, no último, o que a doutrina vem chamando de “prova melhor”.

Manifestação do *best evidence principle* concebido e desenvolvido no contexto da *common law*, a ideia é que “a melhor prova que seja admitida a partir da natureza da controvérsia será sempre exigida; mas, se não for possível, então será admitida a melhor prova passível de obtenção” (YARSHELL, 2009, p. 84-86).

Trata-se, no último, de algo intuitivo segundo a qual deve se buscar, em primeiro lugar, a produção das provas que se mostrem mais aptas a esclarecerem a situação de direito material de fundo, relegando as demais provas a um segundo plano. Assim, p. ex., em uma ação na qual se discute a existência ou não de vícios apresentados pelo motor de um automóvel, haverá uma predileção à produção de perícia técnica especializada ao invés de

outros meios de prova como a testemunhal, ainda que testemunhe o profissional da área que teria constado o suposto vício. Somente na impossibilidade da utilização daquele meio de prova é, então que se cogitará da utilização de outros, por assim dizer, “menos hábeis” a provar o aludido vício.

De todo modo, e como já deixa a entender o exemplo acima, a ausência de pré-constituição da “prova melhor” pode conduzir a situações indesejáveis, como a existência de um processo mau instruído, somado a possibilidade da parte interessa ser enquadrada como um litigante de má-fé e, pior ainda, de sucumbir a lide por não ter se desvinculado do ônus da prova a que estava adstrita³⁵.

Assim, supondo que “a ‘prova melhor’ seja a pré-constituída, parece lícito falar também no dever ético das partes não apenas de apresenta-la em juízo, mas, antes disso, de atuar para a produção do elemento mais adequado possível à prova das respectivas alegações (YARSHELL, 2009, p. 191).

Contudo, se há inegáveis benefícios na pré-constituição ou produção antecipada de provas, conforme restará ainda mais evidente no decorrer desse trabalho, por outro lado, há maior dificuldade em se reconhecer um verdadeiro dever jurídico de antecipação da prova. Com efeito, ensina Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 193) que

embora o tema tenda a resvalar para o terreno do ônus, os aspectos éticos envolvidos sugerem que a visão da prova e de sua pré-constituição ou produção antecipada como mero imperativo do próprio interesse parece ser, quando menos, incompleta.

Sem embargos disso, [...] aquele que pré-constituí prova (isto é, não toma a iniciativa de antecipar, de alguma forma, sua produção) não pode ser, só por isso, depois (ao ensejo do processo declaratório), reputado litigante ímprobo. A existência de um dever pressupõe – pela sanção que nele contém – indispensável clareza por parte do ordenamento [...]. Assim, é muito mais provável que a “sanção” de quem, podendo pré-constituir prova, não o fez não vá além do eventual insucesso em juízo – aspecto que, como visto, está relacionado ao conceito de ônus.

³⁵ Interesse notar que a ausência da “melhor prova” não socorre sequer o obreiro reclamante da ação trabalhista, conforme da nota Sérgio Pinto Martins (2013): “Havendo prova dividida e com base no conjunto probatório, não se podendo decidir pela melhor prova, deve-se decidir contra quem tinha o ônus de provar e não provou. Se cabia ao autor provar o trabalho em horas extras, entende-se que não o fez, em razão da prova dividida.” No mesmo sentido decido o Tribunal Superior do Trabalho: “PROVA DIVIDIDA. HORAS EXTRAS. ÔNUS DA PROVA. A regra da distribuição do ônus da prova, nos termos do artigo 333 do CPC, é a de que cabe ao autor a prova do fato constitutivo de seu direito, e ao réu, o da existência do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Ademais, a teor do art. 818 da CLT, a prova das alegações incumbe à parte que as fizer. Em tal contexto, o princípio *in dubio pro misero* não pode ser aplicado no presente caso, pois, ao alegar a invalidade dos registros de ponto, porque não era permitido o registro da real jornada laborada, o reclamante efetivamente atraiu para si o ônus de provar tal alegação, do qual não se desincumbiu, já que a prova testemunhal por ele apresentada foi contraditória com a que foi produzida pelo reclamado. Recurso de revista conhecido e não provido. (E-RR - 116800-62.2003.5.18.0008 , Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, Data de Julgamento: 29/04/2009, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/05/2009)

A observação é pertinente e inerente a um Estado democrático de direito que preza pela segurança jurídica. Não obstante, é imprescindível destacar que a citada “clareza do ordenamento” não provém exclusivamente da lei em sentido estrito, visto que esse papel também pode ser desempenhado pela doutrina e pela jurisprudência que podem extrair da legislação vigente o indigitado dever.

De todo modo, é certo que não há como impor – ao menos no atual estado das coisas – que, antes de ingressar em juízo, as partes reúnam o maior número de provas possíveis e ingressem com a ação já devidamente instruída desde os seus primórdios. É certo que, por um lado, há inegáveis benefícios para aqueles que ingressam no Poder Judiciário já com as suas alegações devidamente comprovadas por provas pré-constituídas, e, por outro, até algumas possíveis sanções contra aquele que move uma lide à míngua de qualquer prova séria de suas pretensões. Contudo, realmente não há uma obrigação clara ou uma sanção significativa que imponha as partes esse dever de pré-constituir a prova, sendo que, *de lege ferenda*, essa parece ser uma boa inovação que poderia ser implementada no nosso ordenamento jurídico.

4.3 Dever de antecipar a prova no bojo do procedimento voltado a produção antecipada de provas sem urgência

Foi visto acima que o dever de cooperação (ou de colaboração) nos procedimentos de antecipação da prova sem urgência ganha novas cores, passando a ser entendido como aquele labor conjunto das partes na produção de provas voltada a formação de suas próprias convicções. Ademais, viu-se que, a despeito de inegáveis benefícios, não há clareza no ordenamento jurídico quanto ao dever de pré-constituir prova antes de se ingressar com uma ação de conhecimento, de modo que, no atual estado das coisas, é lícito que alguém submeta um pedido de tutela jurisdicional ao Poder Judiciário sem quaisquer provas de sua pretensão, visto que essas podem ser produzidas em momento ulterior, na fase instrutória.

Pois bem.

O presente capítulo propõe-se a discussão de um tema que parece ser essencial para a operacionalização da produção antecipada de provas sem urgência no direito brasileiro: é certo que não há um claro dever jurídico de buscar, de maneira preparatória a uma ação cognitiva, a pré-constituição da prova através de procedimento judicial voltado a esse fim, mas se esse for deflagrado, ainda que por outrem, devem os demais interessados³⁶

³⁶ Sobre os chamados “interessados” na produção antecipada de provas, confira o Capítulo 8.5.2.

efetivamente colaborar para a investigação dos fatos, requerendo a produção de outras provas ou apresentando as que já possuem?

Entendemos que a resposta é afirmativa.

De início, deve-se deixar claro que não se pretende impor que os interessados produzam provas contra si mesmos, o que, inclusive, encontraria expressa vedação no art. 379, *caput*, do novo Código de Processo Civil³⁷. Muito pelo contrário: pretende-se estimular que eles tragam aquelas provas que, em tese, tendem a beneficiá-los, de maneira análoga ao que ocorreria na fase instrutória do processo cognitivo.

A produção antecipada de prova sem urgência só poderá cumprir plenamente a sua missão institucional se propiciar, da maneira mais completa possível, a antecipação das diligências probatórias que ocorreriam apenas na fase instrutória do processo de conhecimento. Somente dessa maneira as partes poderão analisar, com segurança, como os fatos nos quais estão imersas se apresentariam em eventual e futuro processo cognitivo, e, assim, tomar a melhor posição na tutela dos seus interesses.

Se assim não for, haverá um total desprestígio de toda a atividade jurisdicional desenvolvida na produção antecipada de provas sem urgência e, ainda, um incentivo a assimetria de informação, chancelando-se a nefasta prática de ocultação de provas³⁸. Com efeito, na ausência de quaisquer estímulos que induzam os interessados a apresentem as

³⁷ Como destaca Teresa Arruda Alvim Wambier *et al* (2015, p. 658) o dispositivo apresenta “uma das causas que excluem o dever de colaboração”.

³⁸ O Superior Tribunal de Justiça vem sinalizando que a ocultação premeditada de provas impede a sua posterior produção e regular produção. A título de exemplo, observe o seguinte julgado: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROVA. QUESTÃO SUSCITADA PELA RÉ. LEGALIDADE DA JUNTADA DE DOCUMENTOS COM A RÉPLICA PELO AUTOR. CONTRADITÓRIO RESPEITADO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À PARTE. DECISÃO MANTIDA. 1. “Somente os documentos tidos como indispensáveis, porque pressupostos da ação, é que devem acompanhar a inicial e a defesa. A juntada dos demais pode ocorrer em outras fases e até mesmo na via recursal, desde que ouvida a parte contrária e inexistentes o espírito de ocultação premeditada e de surpresa de juízo” (REsp 795.862/PB, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 17/10/2006, DJ 06/11/2006, p. 337). 2. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (Súmula n. 7 do STJ). 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgRg no AREsp 330.444/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 13/05/2014, DJe 28/05/2014)

Em outra oportunidade, assim se manifestou o Tribunal da Cidadania: “PROCESSO CIVIL. AÇÃO POSSESSÓRIA. JUNTADA EXTEMPORÂNEA DE DOCUMENTOS. DETERMINAÇÃO DE DESENTRANHAMENTO. PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUÍZO. RELATIVIZAÇÃO. NECESSIDADE DE CONTRADITÓRIO. 1. É admitida a juntada de documentos novos após a petição inicial e a contestação desde que: (i) não se trate de documento indispensável à propositura da ação; (ii) não haja má fé na ocultação do documento; (iii) seja ouvida a parte contrária (art. 398 do CPC). Precedentes. 2. Dessarte, a mera declaração de intempestividade não tem, por si só, o condão de provocar o desentranhamento do documento dos autos, impedindo o seu conhecimento pelo Tribunal a quo, mormente tendo em vista a maior amplitude, no processo civil moderno, dos poderes instrutórios do juiz, ao qual cabe determinar, até mesmo de ofício, a produção de provas necessárias à instrução do processo (art. 130 do CPC). [...] (REsp 1072276/RN, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/02/2013, DJe 12/03/2013)

provas de que dispõem e que dizem respeito aos fatos a serem investigados, a atividade jurisdicional de antecipação da prova sem urgência poderia se tornar facilmente inútil ou, ainda, prejudicar aquele que se dispôs a deflagrar o procedimento.

Convém ilustrar o raciocínio.

Imagine que o motorista “A”, visando pré-constituir prova a respeito de como se deu o acidente automobilístico no qual se envolveu com o motorista “B”, proponha uma ação de produção antecipada de provas pretendendo a inquirição de uma testemunha que supostamente teria presenciado o fato. Regularmente citado para participar da produção da prova, “B” queda-se inerte e sequer comparece à inquirição da testemunha que, em seu depoimento, atesta que esse último é quem foi o culpado pelo acidente. Munido dessa prova, “A” ajuíza uma ação indenizatória de danos materiais. Contestando essa ação, “B” apresenta imagens do sistema de segurança de sua empresa, que, coincidentemente, se localizava em frente ao local do acidente. As referidas imagens, mostram, em detalhes, que o acidente foi causado pela imprudência de “A”. Ante a essa “nova” prova, a demanda é, então, julgada improcedente.

Do exemplo acima fica claro que a produção antecipada de provas sem urgência não conseguiu - nem mesmo potencialmente - atingir nenhum dos fins previstos nos incisos II e III do art. 381 do CPC/15, ou seja, não foi viabilizada a utilização de meios autocompositivos para a solução da controvérsia, a ação cognitiva (de indenização, no caso) não foi devidamente justificada e muito menos evitada. Vejamos.

Ciente de contundente prova a seu favor, “B” nunca aceitaria qualquer solução consensual com “A”, ao passo que esse, ignorando a prova ocultada por aquele e dispondo de testemunho a seu favor – que, pela sua ótica, seria a única prova do acidente – igualmente não teria interesse na resolução do conflito por qualquer meio autocompositivo.

De outro lado, a ação proposta por “A” foi instruída com prova que passou uma “falsa” impressão da verdade processual,³⁹ de modo que, ao invés de justificar a ação de indenização, serviu como chamariz de uma armadilha. E mais: note o enorme desgaste do Poder Judiciário que, no final das contas, teria fornecido esses “falsos” elementos probatórios para que “A” tomasse a melhor postura perante o litígio no qual estava envolvido.

³⁹ Um destaque é necessário: não se defende que aquele que obtém uma prova favorável na ação probatória autônoma deve, inevitavelmente, ter julgada a seu favor a eventual e futura demanda cognitiva na qual ela seja utilizada. O que se pretende é que a “verdade” dos fatos fixadas aquela ação – embora não imutável quando confrontada com outras provas eventualmente produzidas no bojo do processo de conhecimento – seja a mais estável possível. O ideal a ser buscado, aliás, é que as provas antecipadas nos termos do art. 381 a 383 do CPC/15 supram qualquer necessidade de ulterior dilação probatória sobre os mesmos fatos, pois só assim as partes realmente terão segurança para avaliar as suas chances e riscos em ulterior processo de conhecimento.

Por fim, vê-se que a demanda não foi evitada, o que provavelmente teria ocorrido se o vídeo ocultado por “B” fosse apresentado na ação de produção antecipada de provas, permitindo que “A” tivesse reais condições de concluir que as suas chances de êxito na ação indenizatória eram remotas.

Mas é necessário ir além.

Sem muito esforço hermenêutico, é possível concluir que a situação do exemplo hipotético acima não se coaduna com o modelo constitucional de processo civil pátrio e, em especial, com as “normas fundamentais” explicitadas pelo novo Código de Processo Civil.

Vê-se que não foi atendido o princípio da cooperação (art. 6º do CPC/15), visto que, segundo esse postulado, as partes devem, em linhas gerais, “mutuamente cooperem, em conjunto com o juiz, para que o processo tenha o melhor rendimento possível” (GAJARDONI, 2015c, p. 40). Na produção antecipada de provas, então, esse princípio se manifesta, incontestavelmente, com o dever de produzir todas as provas necessárias para o melhor esclarecimento dos fatos objetos de investigação.

O princípio da boa-fé objetiva⁴⁰ (art. 5º do CPC/15) também foi desrespeitado, pois age em *venire contra factum próprio* aquele que, podendo participar da produção antecipada de provas sem urgência, não o faz – ou, se o faz, não emprega a diligência razoavelmente esperada –, mas, posteriormente, pretende revolver os mesmos fatos. Note que o comportamento dos interessados na pré-constituição da prova é também um parâmetro orientativo para que o requerente originário tome a melhor postura diante da situação que gerou o interesse na medida, o que reforça o dever de lealdade daí advindo⁴¹.

⁴⁰ Ensina Fredie Didier Júnior (2013b, p. 61) que do “princípio da boa-fé extrai-se de uma cláusula geral processual. A opção por uma cláusula geral de boa-fé é a mais correta. E que a infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal. Daí ser correta a opção da legislação brasileira por uma norma geral que impõe o comportamento de acordo com a boa-fé.”

⁴¹ Versando o *venire contra factum próprio*, aduz o saudoso professor Luciano de Camargo Penteadó (2006): “O significado desta teoria é o de que ninguém estaria autorizado a contrariar um comportamento por si mesmo praticado anteriormente, desde que este tenha uma função orientativa, ou seja, na medida em que dirija a conduta dos sujeitos ou implique na tomada de decisão por parte deles. Na exata proporção em que é informação relevante e necessária para o agir, o ato próprio vincula, de modo que não pode ser contrariado sob pena de esta mudança de orientação quebrar a lealdade. Em determinados jogos iterados, o próprio comportamento dos agentes passa a integrar as regras do jogo, principalmente naqueles que exigem de per si cooperação. Por conta de que a vinculatividade pessoal deriva de ato próprio daquele contra quem se invoca o *venire*, a teoria que o visa coibir é também conhecida como teoria dos atos próprios. Nota-se uma verdadeira eficácia vinculativa de atos, ainda que não atos jurídicos em sentido estrito. A parte que os pratica gerando confiança na outra parte de que aquela orientação de conduta seria mantida, ao alterar o comportamento, imprimindo-lhe direção oposta àquela original, frustra a expectativa de confiança e viola a boa-fé objetiva. Tal fenômeno agrava-se nas situações em que há legítimo investimento econômico pautado por aquela expectativa, pois então verifica-se ainda com maior intensidade o dano jurídico a merecer prevenção ou reparação, conforme ao caso em que se afigure.”

A situação acima delimitada conduz, também, à inocuidade do processo de produção antecipada de provas, violando o princípio da eficiência (art. 8º do CPC/15). Esse princípio, que também encontra fundamento constitucional na cláusula geral do devido processo legal e no art. 37, *caput*, da CF/88, impõe, em uma de suas facetas, a condução eficiente dos processos pelo órgão jurisdicional. Sob a égide desse princípio, os juízes impõem-se aos juízes dois deveres: “a) o de obter o máximo de um fim com o mínimo de recursos (*efficiency*); [e] b) o de, com um meio, atingir o fim ao máximo (*effectiveness*)” (DIDIER JÚNIOR, 2013d, p. 433-438).

Com efeito, reconhecida, pelo legislador do novo Código, a existência de um direito à prova, deve o Poder Judiciário concretizá-lo da maneira mais eficiente possível, o que impõe a idealização de mecanismos capazes de propiciar a completa investigação dos fatos, através de uma antecipação, por assim dizer, “plena” das diligências que se realizariam apenas na fase instrutória do processo cognitivo. Não por outro motivo, é plenamente defensável que o juiz da produção antecipada de provas conserve os mesmos poderes instrutórios de um juiz incumbido de conhecer um processo de conhecimento.⁴²

Por fim, e como já restou esboçado acima, o princípio da efetividade, nos processos de antecipação da prova sem urgência, se materializa na referida busca pela reprodução, da maneira mais fiel possível, de todas diligências probatórias que ocorreriam apenas na fase instrutória do eventual e futuro processo cognitivo no qual ela poderia ser utilizada. Trata-se, a bem da verdade, de condição *sine qua non* para a correta operacionalização do que se convenciou de chamar de direito à prova.

Pois bem.

Visando evitar a indesejável situação hipotética acima apresentada e sintonizar os processos de antecipação da prova ao devido processo legal, entendemos que deve ocorrer o

⁴² Com efeito, a única diferença é que os poderes instrutórios do juiz, na produção antecipada de provas sem urgências, terão como finalidade fornecer os comentados elementos para que as partes avaliem as suas chances e riscos em eventual e futuro processo cognitivo. É o que ensina Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 146-147): “Rompendo-se a tradicional e exclusiva ligação entre *prova* e *convencimento do órgão judicial* e aceitando-se que a prova pode e deve atuar como elemento a nortear a conduta das partes, em juízo e mesmo fora dele, inclusive em benefício do próprio interesse público, é possível conceber o poder de instrução do juiz como fundamento para a antecipação da prova mesmo fora dos casos de urgência. Dessa forma, o poder de instrução do juiz não deve ser confinado à prova produzida no bojo do processo cujo objeto é a declaração do direito no caso concreto, mas pode e deve ser alargado para a produção da prova em momento anterior. Por outras palavras, o ato de *instruir* pode ser visto não apenas como abrangente de meios para preparar o julgamento estatal, mas como meio de esclarecimento e de convencimento das partes para eventualmente se evitar o processo declaratório e a decisão estatal imperativa”. Mais à frente arremata: “[...] uma vez demandada a antecipação da prova com objetivo que não o de mera conservação, o poder de instrução há que ter a mesma intensidade que tem naquele outro contexto, especialmente quando se tratar de direitos e interesses indisponíveis ou em que a relação material seja marcada por desigualdade substancial.”

fenômeno da preclusão⁴³ para aquele que, tendo a oportunidade de produzir prova antecipadamente, queda-se completamente inerte ou não produz as provas que, razoavelmente, já teria condições de produzir. Trata-se de consequência lógica que acompanha a ideia já exposta de que deve haver a antecipação, da maneira mais completa possível, das diligências probatórias que ocorreriam apenas na fase instrutória do processo de conhecimento: se, aqui, ocorreria a fenômeno da preclusão ante os indigitados comportamentos, o mesmo deve ocorrer na produção antecipada de provas.⁴⁴

Na mesma linha, pode-se afirmar também que, embora com algumas ressalvas⁴⁵ e não na concepção tradicional⁴⁶, haveria na ação de produção antecipada de provas o fenômeno da “eficácia preclusiva da coisa julgada”. Aplicando-se por analogia o disposto nos arts. 501 e 508 do CPC/15, pode-se concluir que após a ampla oportunidade das partes produzirem antecipadamente provas sobre determinado fato, a sentença da ação probatória homologaria não apenas as “provas produzidas”, mas também as “provas produzíveis”. Trata-se de regra salutar, que, como já visto, prestigia a atividade jurisdicional desenvolvida no procedimento aqui em estudo, e, ainda, a atuação ética das partes no processo.

⁴³ Conforme uníssona lição doutrinária, a preclusão gera a perda de uma faculdade ou poder quando verificada certas situações. Assim, “quando a preclusão ocorre, já não poderá a parte realizar eficazmente o ato a que tinha direito nem exigir do juiz os atos que antes poderia exigir” (DINAMARCO, 2009, p. 466)

⁴⁴ Em termos práticos, os participantes de um processo de produção antecipada de provas devem projetar a posição que supostamente ocupariam em uma eventual e futura ação de conhecimento e, a partir daí, produzirem todas as provas pertinentes. Com efeito, aquele que se projeta como autor deve buscar comprovar todos os fatos constitutivos do seu direito; enquanto aquele que se projeta como réu deve buscar produzir provas sobre os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do pretense autor. Note, contudo, que isso não implica na conclusão de que o direito à prova deve vir sempre acompanhado do ônus probatória, conforme se demonstrará no Capítulo 8.5.1.

⁴⁵ Poder-se-ia afirmar que a sentença que homologa a produção antecipada de provas formaria coisa julgada material, o que igualmente impediria que o interessado que não tivesse produzido a prova antecipadamente o fizesse em momento ulterior. Contudo, esse não parece ser o enquadramento mais correto do fenômeno. Isso por que parecemos não haver como impedir que o juiz que venha a julgar a ação cognitiva na qual a prova pré-constituída venha a ser apresentada, para formar o seu livre convencimento, entenda pela pertinência da repetição daquela prova ou pela realização de novos meios de prova sobre os mesmos fatos. Com efeito, houvesse a formação de coisa julgada material, não seria constitucional, por violação ao art. 5º, XXXVI da CF/88, que os fatos objetos da ação probatória voltassem a ser revolidos por quem quer que seja. Assim, parece mesmo que há, na espécie, o fenômeno da preclusão, que, no caso, não atingiria o juiz do processo cognitivo (preclusão *pro judicato*), mas apenas aqueles indivíduos que foram chamadas a participar da produção antecipada de provas.

⁴⁶ A “eficácia preclusiva da coisa julgada” aplica-se aqueles casos em que há trânsito em julgado da “decisão de mérito” (art. 508 do CPC/15), sendo extreme de dúvidas que, na ação de produção antecipada de provas, não se pronunciará uma decisão com esse teor. Não obstante, a *ratio* que inspirou aquele instituto pode também servir como parâmetro para a correta compreensão dos efeitos das sentenças das ações probatórias. Ensinam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2010, p. 650) que “qualquer nova ação que tenda a retirar o benefício concreto ocasionado pela primeira ação (cujas declarações transitou em julgado) é de reputar-se inviável, também por ofensa da coisa julgada”. Com efeito, parece-nos não haver óbice para entender que o “benefício” obtido com a prova pré-constituída através das ações probatórias – embora não necessariamente imutável – deve ser o mais estável possível.

Note que na ausência desse fenômeno preclusivo não haveria, na produção antecipada de provas sem urgência, qualquer incentivo para que todos os atores contribuam para a fixação da verdade processual, diferentemente do que ocorre na outra modalidade de produção antecipada de provas existente do processo civil brasileiro, ou seja, aquela fundada na urgência (art. 381, I do CPC/15).

Com efeito, a antecipação cautelar da prova, pela sua própria natureza, induz as partes a exaurirem as provas que poderiam recair sobre os respectivos fatos, visto que, se não o fizerem nesse momento, provavelmente não mais poderão fazê-lo no futuro. Note que, ainda que de maneira não convencional, essa constatação implica em uma espécie de “preclusão” para aquele optar por permanecer inerte ou não empregar a diligência esperada na pré-constituição da prova. Tanto é verdade que se os atores chamados a participarem da cautelar probatória não agirem diligentemente na busca da pré-constituição da prova, eles podem não conseguir desincumbirem-se do ônus da prova a que ficariam adstritos na ação cognitiva, e, assim, não serem exitosos na mesma.⁴⁷

Em síntese conclusiva, temos que na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência deve haver, também, a preclusão – aqui sim em sentido técnico – da faculdade de produzir prova sobre o respectivo fato para aquele que, embora chamado a fazê-lo, permaneça inerte ou que não mostre a diligência razoavelmente esperada nesse sentido, em uma espécie de “reprodução jurídica” do fenômeno que já ocorre naturalmente na cautelar de produção antecipada de provas.

4.4 Dever de valoração

Se, por um lado, o dever de pré-constituir prova antes de qualquer processo cognitivo é um tanto quanto controverso, de outro, o dever de valorar as provas eventualmente produzidas antecipadamente surge, quando menos, de maneira mais clara no ordenamento jurídico vigente. Isso porque,

se é certo que as partes estão livres para valorar, segundo seus próprios parâmetros e convicções, o conteúdo de determinada prova produzida em dado processo, não é menos certo, por outro, que a insistência em demandar

⁴⁷ É o que se depreende das lições de José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas de Araújo e Fernando da Fonseca Gajardoni (2013, p. 179): “[...] É o que ocorre, por exemplo, na hipótese em que um imóvel recém-constuído comece a apresentar rachaduras que comprometam a segurança e/ou o bem estar dos moradores. Antes que se façam reformas urgentes para a preservação da coisa (com alteração da situação de fato do bem), admite-se a produção antecipada da prova pericial a fim de que sejam constatados os vícios da construção. Nesse caso, a medida será deferida sob o fundamento de que a produção da prova na fase própria é impossível, pois o prédio já terá passado por reformas. Produzida a perícia antecipada, os moradores estão munidos de indispensável elemento para obter êxito na ação indenizatória contra a construtora.”

ou em exercitar defesa no âmbito de processo aparelhado para a declaração do direito poderá, diante da prova produzida de forma antecipada, acarretar consequências para as partes sob a forma de sanções impostas pela não-observância do dever acima mencionado. (YARSHELL, 2009, p. 200)

Isso ocorre porque, ainda que posteriormente, o sistema jurídico cobra essa valoração da prova pré-constituída pelas partes e, conseqüentemente, um comportamento correlato delas em juízo.

De início, vemos que aquele que não se comporta de acordo com uma valoração razoável dos elementos probatórios já produzidos antecipadamente pode ser facilmente enquadrado como um litigante de má fé a incorrer em alguma das hipóteses previstas nos incisos do art. 80 do novo Código de Processo Civil. Por outro modo, aquele que dispondo de elementos concretos através dos quais seja possível vislumbrar como o Estado juiz verá os fatos nos quais as partes estão imersas, deve se portar razoavelmente de acordo com esses elementos. Afinal, se assim não o fizer, poderá, em tese, incorrer fácil e objetivamente em uma conduta que caracterize a litigância de má-fé.

Destaca-se, ainda, alguns dispositivos da Lei 8.906/94 – Estatuto da OAB que, em que pesem demasiadamente genéricos, também podem ir ao encontro do dever aqui defendido, ou seja, de prescrever um dever valorar os elementos de prova já existentes até então. Nesse sentido, destacam-se, p. ex., o art. 32 segundo o qual o advogado é responsável pelos atos que praticar com dolo ou culpa, e responde solidariamente com seu cliente em caso de lide temerária; e, ainda, os art. 34, IX e XXIV que prescrevem, respectivamente, que são infrações disciplinares “prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio” e “incidir em erros reiterados que evidenciem inépcia profissional”. (YARSHELL, 2009, p. 203-205).

Como se não bastasse, há, ainda, “incentivos” ou “sanções positivas” para as partes valorem as provas antecipadamente produzidas, e se portem de maneira com elas condizente (YARSHELL, 2009, p. 201).

Nesse sentido, é a regra da ação monitória prevista no novo Código de Processo Civil que isenta o réu de pagamento de custas processuais se ele cumprir o mandado monitório no prazo (art. 701, §1º) e que, ainda, no mesmo procedimento, retira o efeito suspensivo da apelação, prestigiando aquele que produz prova antecipadamente da existência de seu crédito (art. 700, §1º c/c art. 702, §4º).

Da mesma forma, é o art. 827, §1º do novo Código que, na execução de título extrajudicial, reduz o valor dos honorários advocatícios pela metade no caso de pagamento integral do débito no prazo de três dias. O mesmo raciocínio vale para a multa e demais

acréscimos previstos no art. 523 do CPC/15 em caso de não pagamento voluntário no cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa. Destaca-se que, “tratando-se de título executivo, não se pode, tecnicamente, falar em prova. Contudo, o ponto em comum entre o título e prova, nesse particular, é a pré-constituição e o efeito que opera em relação à parte, induzindo-a a forma de autocomposição (submissão)” (YARSHELL, 2009, p. 201-202).

Assim, embora realmente não seja expresso no ordenamento jurídico vigente um dever de valoração dos elementos de prova já disponíveis, parece que, quando menos, há um incentivo para que as partes e os seus patronos não façam, até mesmo como corolário do princípio da cooperação e da boa-fé.

4.5 Dever de não pré-constituir em abuso de direito

Não se pode, obviamente, admitir a produção antecipada de provas ilícitas ou imorais, sendo esse um limite que deve ser sempre observado em qualquer diligência probatória a teor do art. 369 do CPC/15.

Contudo, o ponto que se pretende destacar nesse momento é que as partes têm o dever ético e jurídico de não produzir provas antecipadamente em abuso de direito⁴⁸, ou, por outro modo, devem se abster “de descobrir e registrar certos fatos para que sirvam de instrumento para consecução de fins repudiados pelo direito e pela ética” (YARSHELL, 2009, 195).

Nesse mister, parece ser imprescindível buscar a experiência estadunidense sobre o tema, sempre tendo em mente, contudo, que não deve haver a simples e pura importação ou aceitação do que lá foi desenvolvido, até mesmo porque trata-se de sistema jurídico de família diversa. Contudo, as situações lá identificadas como abuso de direito em tema de produção preliminares de prova apresentam aspectos de universalidade e podem ser tomadas ao menos como parâmetros. (YARSHELL, 2009, p. 199).

Com efeito, atendo-nos apenas as *Federal Rules of Civil Procedure* vigentes atualmente naquele país, temos que é possível limitar as diligências probatórias antecipadas em três ocasiões⁴⁹ que, embora sem importar propriamente em qualquer ilícito ou imoralidade, parecem configurar um abuso de direito à prova:

(a) Quando for verificada a irrazoável cumulação ou duplicidade de provas⁵⁰, ou quando essas puderem ser obtidas por outras fontes mais convenientes ou menos onerosas;

(b) Quando a parte já teve ampla oportunidade de obter a prova em outro momento;

⁴⁸ Versando sobre o abuso de direito previsto, entre nós, no art. 187 do Código Civil vigente, escreve Flávio Tartuce (2014, p. 380-383) que ele está “relacionado a três conceitos legais indeterminados, três cláusulas gerais que devem ser preenchidas pelo aplicador do direito caso a caso. Tais conceitos são a função social e econômica do instituto correspectivo, a boa-fé objetiva e os bons costumes”. E mais a frente, conclui que “a ilicitude do ato, no abuso de direito, está na forma de sua execução, ou seja, na sua prática. Como consequência imediata, o abuso de direito gera a responsabilidade civil objetiva do abusador independente do elemento culpa”

⁴⁹ Os tópicos a seguir desenvolvidos são uma tradução livre da Rule 26(b)(2)(C) na qual consta o seguinte: “On motion or on its own, the court must limit the frequency or extent of discovery otherwise allowed by these rules or by local rule if it determines that: (i) the discovery sought is unreasonably cumulative or duplicative, or can be obtained from some other source that is more convenient, less burdensome, or less expensive; (ii) the party seeking discovery has had ample opportunity to obtain the information by discovery in the action; or (iii) the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit, considering the needs of the case, the amount in controversy, the parties’ resources, the importance of the issues at stake in the action, and the importance of the discovery in resolving the issues.”

⁵⁰ Debruçando-se sobre o novo Código de Processo Civil, verifica-se que essa situação pode ser enquadrada no inciso III do art. 77 que prescreve que é dever de todos aqueles que participem do processo “não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito”.

(c) Quando os custos da produção da antecipada da prova for superior aos possíveis benefícios que ela pode gerar, considerando as necessidades do caso, o vulto da controvérsia, os recursos das partes, a importância da questão debatida e, por fim, da importância da prova para os fins a que se destina.

Debruçando-se sobre o tema, Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 196-197)⁵¹ identificou interessantes exemplos de situações de abuso do direito à prova naquele ordenamento jurídico, tais como o requerimento de informações inúteis ou excessivas objetivando atormentar a parte adversa (*overuse of discovery* ou *overdiscovery*); o fornecimento de elevado número de documentos com o intuito de dificultar o exame do requerente (*bulk discovery* ou *hide and seek play*); e o requerimento genérico e vago de informações (*fishing expedition*), inclusive com a incompleta delimitação de seu conteúdo.

Em suma, o direito à prova, justamente por permitir um direito à investigação, é sujeito a limites legais e morais aos quais estão sujeitas todas as provas no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, sendo um verdadeiro “direito” do jurisdicionado, ele deve ser exercido dentro de parâmetros aceitáveis, devendo, por conseguinte, ser coibido qualquer abuso tanto daquele que exige a prova, quanto daquele de quem se exige um ato ou abstenção para sua produção.

⁵¹ O autor escreve antes da superveniência da *Federal Rules of Civil Procedure* de 2013, contudo os seus ensinamentos permanecem atuais, conforme se verá dos exemplos citados que, afinal, são retirados da realidade forense estadunidense.

5 HIPÓTESES LEGAIS QUE AUTORIZAM A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS SEM URGÊNCIA

5.1 Viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito (art. 381, II)

Há alguns anos já podia ser vislumbrado um estímulo às soluções consensuais de conflitos, e o novo Código de Processo Civil abraçou essa tendência.⁵² Versando sobre as normas fundamentais do processo civil brasileiro, os parágrafos 2º e 3º do art. 3º daquele diploma prescrevem, respectivamente, que o “Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” e que a “conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”⁵³

Nesse mister, o novo Código introduz uma série de disposições tendentes a cumprir essas normas fundamentais como, por exemplo, a inclusão do mediador e do conciliador judicial no rol dos auxiliares da Justiça (art. 149), aos quais, ainda, foram destinados toda uma seção do novo Código (art. 165 a 175), e, ainda, a designação de uma audiência de conciliação “quase obrigatória”⁵⁴ antes mesmo da apresentação da contestação no procedimento comum (art. 334).

⁵² Ensina a doutrina que, “um dos vetores que norteou a reforma operada pelo Código foi a aposta na promoção e no estímulo da solução consensual dos conflitos, compromisso com a resolução do *litígio* em sentido amplo, inclusive como fenômeno social” (GAJARDONI *et al*, 2015c, p. 17-18). Ademais, constou expressamente da exposição de motivos do novo Código: “Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. **Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz**”. (destaquei).

⁵³ Em comentários aos citados dispositivos, ensinam Leonardo Carneiro da Cunha e João Luiz Lessa de Azevedo Neto (2014, p. 199-200): “Efetivamente, caberá aos magistrado, advogados e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial, estimular o uso da conciliação, mediação e demais mecanismos consensuais de resolução de conflitos, sendo dever do Estado promover a solução consensual dos conflitos. [...] O objetivo não é simplesmente *judgar*, mas *resolver disputas*. Isso muitas vezes significa uma sentença bem fundamentada, com uma fase de execução ágil e efetiva, mas, em outras, é alcançar o meio termo e o acordo entre as partes.”

⁵⁴ A expressão é utilizada por Fernando da Fonseca Gajardoni (2015) que apresenta relevantes críticas a esse início do procedimento comum: [...] “O juiz, logo ao despachar inicial, designará audiência de conciliação ou de mediação, a ser conduzida, onde houver, necessariamente por conciliador ou mediador. Alguns fatores legislativos e materiais, contudo, podem comprometer a eficácia desta audiência inaugural de conciliação/mediação, ou mesmo causar perplexidade nas partes e procuradores. De fato, a audiência de conciliação/mediação será quase obrigatória. Só não será realizada se o direito em debate não admitir autocomposição, ou se ambas as partes, expressamente, declinarem desinteresse [art. 334, § 5º, do CPC/2015], vedado ao magistrado “dispensar” o ato, mesmo vislumbrando a total improbabilidade do acordo. Ora, um Código tão festejado por ser democrático e dar voz às partes, contraditoriamente, não privilegia a vontade delas; não dispensa o ato, tal como constava na versão do Senado, quando quaisquer das partes (e não apenas ambas)

Todavia, a novidade que aqui se pretende enfocar é aquela introduzida pelo art. 318, II do CPC/15 que prescreve que é admitida antecipação de diligências probatórias quando “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito”.

Já foi visto que as diligências probatórias antecipadas sem urgência têm como destinatárias as próprias partes que, assim, passariam a ter melhores condições de avaliar a situação fática em que estão inseridas e as suas chances em concomitante ou futuro processo cognitivo. Assim, em poder dos dados obtidos no procedimento, haverá maior segurança em escolher e dirigir esforços para àquele que é o mecanismo mais adequado para solucionar o conflito.

Afinal, não se pode esperar que pessoas envolvidas em uma situação de crise de direito material simplesmente optem por uma solução autocompositiva sem conhecer devidamente como os fatos litigiosos seriam eventualmente levados à juízo, visto que esse conhecimento parece ser imprescindível para uma correta avaliação de como se portar perante aquela situação. Assim, essa indefinição é, sem dúvidas, um grande empecilho a composição amigável dos conflitos, de modo que, a *contrario sensu*, parece que quanto maiores subsídios fáticos existirem no momento da conciliação, maior será a chance de obtê-la.⁵⁵

É nesse contexto – e claramente visando suprir essa “lacuna” – que surge o dispositivo aqui em comento, que ao autorizar que as partes investiguem os fatos nos quais estão imersas, visa elevar a autocomposição a um real e desejado meio de solução de conflitos à disposição das partes.

declinarem desinteresse; não confia no juiz a aferição dos casos em que a mediação/conciliação não tem a menor chance de frutificar. A opção traz problemas práticos concretos: a) quebra-se aquilo que de mais caro há nos métodos consensuais de solução de conflito, a autonomia da vontade, lançada pelo próprio legislador como princípio da mediação (art. 166 CPC/2015); b) burocratiza-se a mediação/conciliação, obrigando todas as partes, mesmo não querendo, a se submeter a ela, simplesmente porque uma delas deseja; e c) dá azo a manobras processuais protelatórias, com um dos demandados aceitando a audiência, apenas, para ganhar mais alguns meses de tramitação processual, sem possibilidade de intervenção judicial para obstar a manobra; e d) torna maior o custo do processo, pois além do pagamento pelos serviços do mediador/conciliador, o demandado domiciliado em outra localidade, praticamente em todas as ações, deverá se deslocar para a audiência de mediação/conciliação no foro da propositura. E tudo isso temperado pela cominação de que o não comparecimento injustificado ao ato será considerado ato atentatório à dignidade da justiça, sancionando-se o ausente com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado [art. 334, § 8º, CPC/2015].”

⁵⁵ Nesse sentido, aduz Daniel Amorim Assumpção Neves (2009, p. 344): “[...] não são desprezíveis as hipóteses em que as próprias partes não são aptas a conhecer, com a devida precisão, os fatos envolvidos no litígio, o que somente se tornará possível após a produção da prova. A incerteza fática é, certamente, um obstáculo para que se obtenha a conciliação, porque as partes dificilmente aceitarão abrir mão de algum direito que imaginam ter sem uma definição, mínima que seja, da situação fática. [...] Uma perícia contábil poderá indicar às partes, com relativa precisão, qual o valor efetivamente devido, o que, certamente, contribuirá para a realização de uma autocomposição. O mesmo ocorre com uma perícia médica, em que reste comprovado não só a responsabilidade como também a extensão dos danos. Na verdade, qualquer prova, em geral, [...] proporciona às partes um conhecimento que poderá otimizar a realização frutífera de conciliação”.

Note, contudo, que o texto legal exige que a prova a ser produzida seja apenas *suscetível* de viabilizar uma solução autocompositiva. Desse modo, a antecipação da produção da prova com fundamento nesse dispositivo tem cabimento quando, por um juízo hipotético, chegar-se a conclusão de que através de uma prévia de como os fatos serão levados ao Poder Judiciário as partes possam razoavelmente optar pela solução consensual dos conflitos. Assim, para admitir a antecipação da prova com base nesse inciso não se faz necessário perquirir se, de fato, haverá ao cabo do procedimento uma autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflitos. Cabe exclusivamente às partes, como destinatárias das provas produzidas antecipadamente e, conseqüentemente, após a valoração das mesmas, decidir qual a melhor postura a se adotar perante o conflito de fundo que embasou a medida.⁵⁶

Ademais, temos que a prova a ser antecipada deve ser suscetível de *viabilizar* a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflitos. Quando se diz que a produção antecipada de provas tem como fundamento tornar esses meios viáveis, significa dizer que objetiva torná-los realizáveis ou, ainda, inaugurá-los como um caminho que, com segurança e efetividade, possa ser percorrido pelos interessados na busca da solução dos conflitos. (FERREIRA, 2004). Desse modo, pode-se extrair, mediante uma interpretação a contrário, que a antecipação da prova não será admitida quando a autocomposição se mostrar, já antes desse procedimento, viável ante ao conjunto probatório já disponível as partes ou ante a desnecessidade da intervenção do Poder Judiciário para se obter as respectivas provas.⁵⁷

⁵⁶ Sem embargos, não há qualquer empecilho – é inclusive recomendável – de que, ao final da produção antecipada de provas, seja tentada a autocomposição entre as partes com fulcro no art. 3º, §§2º e 3º, e art. 139, V, todos do Código de Processo Civil de 2015, mesmo que o juiz que preside a produção antecipada de provas não seja aquele que deva julgar o litígio de fundo. Nessa linha, são as lições de Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 291): “[...] ao se ver com ceticismo eventual pronúncia do juiz relativamente ao conteúdo da prova (imediatamente após a sua produção de forma antecipada), não se está a negar que o juiz possa – na verdade, deva –, naquela oportunidade, tentar a conciliação das partes ou estimulá-las a solução de autocomposição, inclusive mediante recurso a mediação, arbitragem ou outras formas de solução alternativa de controvérsias. Seria mesmo um contra-senso sustentar o papel que a prova antecipada desempenha como instrumento para estimular as partes a soluções de autocomposição para, em seguida, negar a possibilidade de o juiz tentar a conciliação com base na prova produzida”.

⁵⁷ Nesse ínterim, o Superior Tribunal de Justiça sedimentou, através de Recurso Especial Repetitivo, que para a viabilidade de ação de exibição de documentos bancários como medida preparatória visando a instrução da ação principal é necessário que seja tentado, primeiramente, a obtenção amigável do documento junto a instituição financeira, pois, caso contrário, não haverá interesse jurídico na medida. O REsp 1349453/MS de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 10/12/2014 e publicado no DJe 02/02/2015 foi assim ementado: “PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS EM CADERNETA DE POUPANÇA. EXIBIÇÃO DE EXTRATOS BANCÁRIOS. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. INTERESSE DE AGIR. PEDIDO PRÉVIO À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E PAGAMENTO DO CUSTO DO SERVIÇO. NECESSIDADE. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte tese: A propositura de ação cautelar de exibição de documentos bancários (cópias e segunda via de documentos) é cabível como medida preparatória a fim de instruir a ação principal, bastando a demonstração da existência de relação jurídica entre as partes, a comprovação de prévio pedido à instituição financeira não atendido em prazo razoável, e o pagamento do custo

Por fim, a parte final do dispositivo prescreve que a prova deve ser suscetível de viabilizar a *autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflitos*. Como se percebe, a intenção do legislador foi de fomentar mecanismos de solução de conflitos outros que não o adjudicatório, obtido por meio de sentença do juiz, que, diga-se de passagem, é o mecanismo preponderante utilizado pelo Judiciário brasileiro (WATANABE, 201-, p. 2).

Posta a questão desse modo, a nomenclatura adotada deixa a entender, por uma interpretação a contrário, que a solução adjudicatória seria um meio *inadequado* de solução de conflitos. Essa adjetivação, por vias oblíquas, não deve ter qualquer prestígio, mormente quando o caminho da sentença mostra-se como o mais adequado ou o único meio lícito para dirimir determinados conflitos, em razão de sua natureza, de suas peculiaridades ou dos direitos guerreados.

Entretanto, anotada a crítica quando a nomenclatura adotada pelo CPC/15, é necessário reconhecer que a melhor interpretação do dispositivo em estudo é a de que é permitida a antecipação da prova quando ela possa viabilizar técnicas autocompositivas de solução de controvérsias, afinal, essa parece ter sido a intenção do legislador ao elaborar o texto legal.

5.2 Justificar o ajuizamento de ação (art. 381, III, primeira parte)

É previsto no código projetado, igualmente, que é possível a produção antecipada de provas quando o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ajuizamento de uma ação (art. 381, III, primeira parte).

A primeira parte do dispositivo tem como pressuposto que os fatos que se pretendem provar previamente e que possam justificar o ajuizamento de uma ação, são desconhecidos ou, quando menos, não estão suficientemente claros para permitir a interposição segura e consciente de uma ação. Assim, a *contrario sensu*, não terá cabimento a medida quanto os fatos são conhecidos ou, quando menos, possam ser conhecidos sem a necessária intervenção do Poder Judiciário, a espelho do que foi visto acima.

Observa-se, ainda, que a lei, em seu silêncio, admite a antecipação da prova que recaia sobre quaisquer fatos relacionados a uma ação e que potencialmente possa justificar o seu ajuizamento, incrementando a *qualidade* da ação a ser ajuizada. Por outro modo, pode ser requerido que se produza provas sobre mais diversos fatos, desde que reste claro, ainda que

do serviço conforme previsão contratual e normatização da autoridade monetária. 2. No caso concreto, recurso especial provido.”

hipoteticamente, que o prévio conhecimento deles realmente possa atingir o escopo da lei de melhor preparar a futura demanda.

Assim, não há como negar que embora não se exija que a ação a ser justificada tenha seus exatos contornos desde já delineados – até mesmo porque esses podem ser fixados com a antecipação da prova – é preciso que haja, pelo menos, uma ideia daquela demanda, que deverá constar, inclusive, como requisito da inicial.

Contudo, observa-se que para antecipação da prova sem urgência ser admitida com fundamento nesse inciso, é suficiente a mera *potencialidade* dela justificar a demanda. Portanto, bastará que, por um juízo hipotético, chegue-se a conclusão de que a produção de determinada prova razoavelmente possa incrementar a qualidade de outra demanda para que seja admitida a medida. Não deverá ser exigido, assim, que, ao cabo do procedimento, seja efetivamente ajuizada a demanda que se pretendeu justificar, visto que esse expediente dependerá de um ato de vontade da parte interessada no exercício do seu direito de ação, e, ainda, após a adequada valoração do conjunto probatório formado antecipadamente.

Por fim, o dispositivo aqui em comento tem como objetivo *justificar* o ajuizamento de uma ação. A expressão utilizada, no contexto em que empregada, deve ser entendida como sinônimo de *legitimar* ou, ainda, de *dar razão* ou *fundamentar*. (FERREIRA, 2004)

Aqui, um interessante paralelo pode ser traçado com a expressão empregada no inciso II do art. 381 do CPC/15. Lá, como já visto, a antecipação da prova tem como escopo *viabilizar* um meio adequado de solução de controvérsias, ou seja, tornar esses mecanismos como uma real e segura opção do jurisdicionado. Como contraponto, o inciso aqui em comento permite a antecipação da prova com o objetivo de *justificar* o ajuizamento de uma ação, de modo que esse dispositivo deixa a entender, quando confrontado com o primeiro, que o ingresso ao Poder Judiciário não precisa ser viabilizado.

A precisão técnica é digna de nota, pois o acesso à justiça é, entre nós, direito e garantia fundamental conforme se depreende do art. 5º, XXXV da Constituição Federal, de modo que jurisdição estatal sempre é uma via de solução de conflitos a disposição dos interessados⁵⁸, e a produção antecipada de provas, nesse caso, apenas teria o condão de tornar essa via menos tortuosa. Por outro modo, a produção antecipada de provas sem urgência

⁵⁸ Nesse sentido, confira as lições de Gajardoni *et al* (2015c, p. 15): “O acesso há justiça tem como pedra de toque a universalidade, conformando o próprio Estado Democrático de Direito [...] Ao impossibilitar a autotutela – salvo exceções, desforço (artigo 1.210, §1º, do Código Civil) – assumindo a obrigação de bem dirimir os conflitos de interesses, o Estado, por meio do Poder Judiciário, como primeira obrigação – decorrência lógica do monopólio na prestação da tutela jurisdicional – deve assegurar o acesso à justiça.”

nunca servirá para, a rigor, *viabilizar*⁵⁹ o acesso ao Poder Judiciário, mas apenas para melhorar a qualidade das ações ajuizadas e – por que não? – a qualidade da prestação jurisdicional como um todo.

Afinal, sem o prévio conhecimento completo dos fatos, o risco da propositura de uma ação deficiente e mal instruída – e até mesmo dispendiosamente inútil – é muito maior. A antecipação da prova é, assim, um poderoso instrumento para permitir o ajuizamento maduro e consciente da ação, tornando menos arriscado para o autor da ação (justificada) sofrer os ônus de sucumbência ou de, eventualmente, se ver enquadrado como litigante de má fé, aumentando a qualidade das ações ajuizadas. Ademais, essa melhoria atômica das ações, certamente contribui para uma melhora molecular de todo o Poder Judiciário, que passará a lidar com demandas mais sérias e melhor instruídas, permitindo, assim, que a prestação da tutela jurisdicional seja mais célere e de melhor qualidade.⁶⁰

5.3 Evitar o ajuizamento de ação (art. 381, III, segunda parte)

Por fim, a última das três hipóteses legais nas quais o novo Código de Processo Civil admite a produção antecipada de provas sem urgência é aquela prevista na segunda parte do inciso III do art. 381, ou seja, quando o prévio conhecimento dos fatos possa evitar o ajuizamento de ação.

Esse dispositivo merece, para melhor compreensão, ser confrontado com o inciso II também do art. 381, isso porque, poder-se-ia afirmar que a situação na qual a prova seja produzida visando viabilizar a autocomposição entre as partes, e, aquela na qual sua produção

⁵⁹ Quando muito, poderia ser viabilizado a utilização de procedimentos especiais que demandam alguma prova pré-constituída. É o caso, p. ex., da ação monitória que deve ser instruída com prova escrita (art. 700 a 702 do CPC/15) e do mandado de segurança que deve ser apresentado com provas pré-constituídas já com a inicial.

⁶⁰ Esse imprescindível papel que a pré-constituição da prova pode desempenhar, inclusive, já foi reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial Repetitivo nº 1.349.453/MS, de Relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, julgado em 10/12/2014, e publicado no DJe 02/02/2015. Embora o caso versa-se exclusivamente sobre a exibição de documentos (art. 844 e 845 do CPC/73), ou seja, apenas uma espécie de produção antecipada de provas sem urgência, as conclusões lá expressas podem ser estendidas a todo esse novo instituto. Observe trecho da fundamentação: “Realmente, não faz sentido e é totalmente descabido que, pretendo-se discutir um contrato em juízo, ajuíze-se a respectiva ação sem, ao menos, se ter conhecimento prévio do conteúdo completo do contrato, pelo evidente risco de se formular uma demanda inepta, mal instruída ou mesmo temerária; com deletérios efeitos não só para o autor da ação, como para o próprio Judiciário, pela existência de uma ação potencialmente inútil do ponto de vista de resultados, que contribuiria apenas para o aumento da pletora de serviços e o conseqüente aumento da morosidade dos processos, em prejuízo dos próprios jurisdicionados e em desacordo com os princípios do CPC. Por conseqüência, a utilidade da cautelar de exibição de documentos é manifesta, visto que sem o prévio conhecimento completo dos contratos firmados com a recorrida, o risco da propositura de uma ação revisional deficiente e mal instruída – e até mesmo dispendiosamente inútil – é muito maior, pelo que é presente o interesse de agir do recorrente. [...] Portanto, há interesse de agir para a propositura de medida cautelar de exibição de documentos, visando propiciar ao recorrente o contato físico, visual e direto sobre tais documentos, a fim de fornecer-lhe maiores detalhes dos mesmos e possibilitar a instrução adequada da demanda principal pretendida.

seja suficiente a inibir uma das partes a ingressar com a ação, seriam idênticas, e por essa ótica, seria, a rigor, desnecessário um dos dispositivos.

De fato, se uma das partes se convencer simplesmente a não ingressar com uma ação judicial, pode-se dizer que houve o reconhecimento do direito da outra parte, ou a renúncia ao seu próprio direito, o que não deixa de ser um meio de autocomposição.⁶¹ E mais: a produção da prova com o fundamento nesse inciso III de maneira alguma impede – pelo contrário, viabiliza – que as partes se conciliem ou ponham fim ao conflito por qualquer outro meio de autocomposição, tudo na esfera extrajudicial.

Sob esse prisma, portanto, não há qualquer diferença entre os dispositivos.

Entretanto há, sobre outra ótica, uma distinção fundamental entre ambos. O inciso III exige, obrigatoriamente, que a produção antecipada de provas se dê de forma autônoma, pois no momento não pode estar ajuizado processo cognitivo entre as partes que verse sobre a questão conflituosa que fundamente a medida. Assim o é por questão de lógica: se já instaurado o litígio entre as partes, não há mais que se falar em justificar ou evitar o ajuizamento daquela ação. O inciso II, por sua vez, permite que a antecipação da prova se dê igualmente de maneira autônoma, mas também incidental, ou seja, concomitantemente ao processo declaratório instaurado entre as partes, mas antes, todavia, da fase instrutória.

Mais é desejável ir além.

O inciso aqui em comento não só abarca, conforme exposto, todos os meios adequados de solução de controvérsias operados extrajudicialmente. Não se olvida que há inúmeras situações em que a produção antecipada de provas possa evitar o ajuizamento de uma ação, tudo a ser construído e consolidado casuisticamente pela doutrina e jurisprudência ao longo da vigência do novo Código.

Dentre essas situações, destacamos, sem qualquer pretensão em exaurir o tema, que a medida aqui em estudo pode servir para constituir prova que será posteriormente utilizada em processo administrativo de qualquer natureza⁶², pois se o litígio se resolvesse, nessa esfera

⁶¹ É tradicional a lição de que a autocomposição se dá através de três situações: a *transação*, ou seja, quando há mutuas concessões entre as partes com o intuito de pôr fim ao litígio; a *submissão* de uma parte a pretensão da outra; e, por fim, a *desistência* ou *renúncia* da pretensão. Nesse sentido, confira, dentre outros, as lições de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2013, p. 17-35).

⁶² A doutrina tradicionalmente apontava, até mesmo com arrimo no texto da lei, que ação justificatória prevista nos arts. 861 a 866 do CPC/73 tinha cabimento quando a parte pretendesse produzir prova para instruir processos administrativos. É o que ensinam José Miguel da Silva Medina, Fábio Caldas de Araújo e Fernando da Fonseca Gajardoni (2013, p. 187-188): “O incidente exemplo de justificatória vem da área previdenciária. São comuns os casos em que trabalhadores rurais, desprovidos de qualquer elemento documental do tempo de serviço (ou do início razoável de prova documental), valem-se da justificatória com o fim de documentar testemunhos capazes de comprovar o labor rural por longos anos. Em posse deste elemento oral documentado,

estaria “evitado” o ajuizamento de demanda judicial sobre o tema. Igual resultado pode ocorrer também se as partes, após a avaliação das provas ali constituídas, optarem por submeter o litígio à um juízo arbitral que, ao decidir a respeito, também terá evitada o ajuizamento de uma ação no Poder Judiciário.⁶³

5.4 Espécies legais

Além do novo Código de Processo Civil enunciar de maneira genérica as hipóteses legais em que se admite a produção antecipada de provas sem urgência, ele prevê também algumas espécies legais. Tratam-se de exemplos trazidos pelo legislador e que complementam as hipóteses já enunciadas no *caput*.

Passemos a analisá-los.

5.4.1 Arrolamento de bens apenas para a realização de documentação (art. 381, §1º)

Na sistemática do Código de Processo Civil de 1973, o arrolamento de bens era um procedimento cautelar⁶⁴, disciplinado pelos art. 855 a 860. A medida prestava-se a documentação da existência de bens e de seu estado sempre que houvesse fundado receio de extravio ou dissipação dos mesmos, e, posteriormente, também envolveria atos de constrição, ou seja, se a medida fosse deferida, seria nomeado um depositário dos bens arrolados.

Essa previsão de constrição patrimonial, destaca-se, foi uma inovação do CPC/73 e que não encontrava paralelo no CPC/39, no qual a medida tinha, conforme uníssona doutrina, nítido caráter probatório, ante a exclusiva finalidade de descrever bens⁶⁵⁻⁶⁶.

efetuar requerimento junto ao INSS. Outro interessante exemplo é encontrado no art. 88 da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos). De acordo com a norma, dar-se-á a justificação do óbito de pessoas desaparecidas em acidentes, catástrofes etc., nas hipóteses em que o corpo da vítima não for localizado. Somente após a justificação é que o oficial do Registro Civil lavrará a competente certidão de óbito”. De maneira análoga são as lições de Cássio Scarpinella Bueno (2013b, p. 287) e Humberto Teodoro Júnior (2006, p. 356).

⁶³ Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem confira Carlos Alberto Carmona (2009, p. 26-27).

⁶⁴ A doutrina sempre foi uníssona em afirmar que o arrolamento de bens, conforme previsto e disciplinado pelo CPC/73, tem natureza cautelar. Por todos, confira José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas Araújo e Fernando da Fonseca Gajardoni (2013, p. 186): “O arrolamento é medida genuinamente cautelar, pois garante a eficácia e a utilidade da futura ou concomitante ação principal, onde os bens arrolados (conservados) serão partilhados ou a lide que com eles se relacionar será solucionada”.

⁶⁵ Nessa linha são as lições de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2010, p. 285-286): “A medida de arrolamento de bens não é nova no ordenamento processual nacional. Todavia, a figura, até a edição do [Código de Processo Civil de 1973], tinha por finalidade exclusiva a de descrever bens – sem qualquer constrição – para permitir ulterior inventário. Previa, nessa linha, o art. 676, IX, do CPC de 1939, que seria admissível medida preventiva que consistisse “no arrolamento e descrição de bens do casal e dos próprios de cada cônjuge, para servir de base a ulterior inventário, nos casos de desquite, nulidade ou anulação de casamento”. A medida tinha caráter nítido probatório, servindo para a descrição de bens que compunham uma universalidade, a serem em seguida pleiteados em outra ação. Não é, porém, essa a medida que atualmente é

Assim, não se nega que o arrolamento se presta a função de documentar fatos e, portanto, de pré-constituir provas, mas a necessária apreensão dos bens arrolados realmente impedia o reconhecimento da autonomia da medida como instrumento *exclusivo* de produção de provas. Não obstante, o arrolamento já era inserido no contexto do direto à prova ainda na vigência Código Buzaid. (YARSHELL, 2009, p. 437-438).

Em primeiro lugar, porque sempre foi reconhecida pela doutrina a possibilidade de buscar o arrolamento de bens sem a posterior constrição, mas através de cautelar inominada, o que, contudo, não implicava necessariamente na autonomia da medida ou na sua natureza satisfativa (de um direito à prova) a dispensar o requisito da urgência e o ajuizamento do processo principal. (YARSHELL, 2009, p. 438)

Como se não bastasse, o arrolamento não se limita a mera documentação, e sim a uma atividade de investigação e de descoberta de fatos relativos aos bens que se pretende arrolar, e sob esse prisma, pode se prestar ao relevante papel de dar aos interessados o necessário conhecimento acerca dos fatos controvertidos, orientando-os quanto as suas chances e riscos, de sorte a guiá-los na busca de soluções de autocomposição (YARSHELL, 2009, p. 439).

E, por fim, pode ocorrer que o ajuizamento da ação cognitiva possa depender do arrolamento ou, para empregar a terminologia do novo Código, esse *justificaria* o ajuizamento daquela “porque o interessado não tem certeza quanto aos fatos constitutivos de sua pretensão; ou [porque] a verificação dos fatos se tornaria muito onerosa para a parte se produzida a prova apenas no processo principal” (YARSHELL, 2009, p. 438)

Nessa linha, o Código de Processo Civil de 2015 dispôs no §1º do art. 381 que o arrolamento de bens deve observar as normas relativas à produção antecipada de provas “quanto tiver por finalidade apenas a realização de documentação e não a prática de atos de apreensão”.

tratada como arrolamento. Como se pode ver da simples leitura do art. 855 e ss. do CPC [de 1973], o atual arrolamento consiste não apenas na descrição (elaboração de rol) de certos bens, mas também na sua efetiva apreensão e depósito (arts. 858 e 859 do CPC). Há, portanto, um *plus* agregado à medida tradicionalmente conhecida, que acrescenta algo como o sequestro dos bens descritos e o seu depósito em mãos de pessoa da confiança do juiz. Nesse passo, como reconhece a doutrina, inspirou-se o Código [...] na legislação portuguesa, desviando-se então da figura tradicionalmente prevista no direito nacional.”

⁶⁶ Essa novidade foi criticada por Pontes de Miranda (1976, p. 286-287) que, em franca dissonância com a doutrina majoritária, continuou a sustentar a que a medida aqui em estudo tem função exclusivamente documental, pois “nem sempre o interesse do autor da ação cautelar de arrolamento de bens compreende o seu interesse para obter a nomeação de depositário. Nem sempre a pretensão ao arrolamento chega ao ponto de se permitir a entrada na esfera jurídica do demandado, que passaria a não ter a posse imediata. Rigorosamente, a medida do art. 858 é outra medida; digamos algo de ação intercalada na ação cautelar de arrolamento. Quem apenas pede que se arrolem bens não pede que sejam depositados. Depositar é dar a posse imediata a outrem, e não só arrolar.”

Não restam dúvidas, ante ao exposto até o momento, que a hipótese retratada pelo novo Código é uma manifestação do direito à prova com a extensão ser abordada nesse trabalho, e, por esse mesmo motivo, nada mais é do que uma exemplificação da extensão das hipóteses previstas nos incisos do art. 381.

O dispositivo, entretanto, é de suma importância, pois sinaliza a possibilidade da prova a ser antecipada recair sobre uma universalidade de bens, e não apenas sobre um bem certo e determinado. Aliás, essa sempre foi, sob a égide do CPC/73, a nota distintiva entre o arrolamento e outras medidas cautelares semelhantes, como o sequestro e o arresto.

Nesse ponto, são elucidativas as lições de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2010, p. 286-287), no sentido de que o sequestro exigia “que o requerente descreva com exatidão os bens que serão objeto de constrição judicial, já que essa medida objetiva a apreensão de bem determinado” e o arresto, que “tem por finalidade a proteção de um crédito – cuja satisfação se dá de forma difusa no patrimônio do requerido –, [almejava] a constrição de qualquer bem de conteúdo econômico”. O arrolamento seria, assim, uma figura intermediária: “não [havia] um bem específico a ser demandado, e nem se [admitia] a apreensão de qualquer bem do requerido. [Visava] a medida à apreensão e à descrição de um conjunto de bens, que está na posse do requerido, mas que é objeto de pretensão do requerente”.

Em suma, despojado o arrolamento do requisito da urgência e da necessária constrição patrimonial, prestando-se apenas a mera documentação de bens, o instituto mostra-se como uma nítida manifestação do direito à prova, admitindo que a antecipação da prova recaia não apenas sobre determinados bens, mas, também, sobre toda uma universalidade de bens.

Por fim, urge perquirir que outro arrolamento existe no ordenamento pátrio e que, por não se limitar apenas à realização de documentação, pois acompanhado de atos de apreensão, está excluído do âmbito de aplicação desse dispositivo.

Sem muito esforço, conclui-se que o contraponto imaginado pelo legislador foi mesmo o arrolamento de bens previsto nos art. 855 a 860 do Código Buzaid como um procedimento cautelar específico. O novo Código de Processo Civil, entretanto, eliminou as cautelares em espécie, prescrevendo que todas as medidas cautelares serão fundadas no poder geral de cautela do juiz, de modo que não se encontra mais disciplina análoga àquele instituto.

Assim, sob a égide da nova legislação, continua sendo possível o arrolamento de bens seguindo de constrição patrimonial, mas fundado, agora, exclusivamente no poder geral de cautela. Nesse sentido, há previsão expressa no art. 301, *caput* do novo Código de que “a

tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, **arrolamento de bens**, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguarção do direito” (destaquei).

A doutrina especializada já sinaliza pela dificuldade na interpretação e aplicação desse dispositivo, mas concluí que os institutos lá enunciados correspondem àqueles do Código de Processo Civil de 1973⁶⁷, de modo que o “arrolamento de bens” citado pelo supratranscrito art. 301 é aquele correspondente ao instituto disciplinado nos arts. 855 a 860 do Código Buzaid, ou seja, consiste no arrolamento de bens seguido de depósito.

Essa conclusão se acentua quando lido em conjunto os arts. 301 e 381, §1º, ambos CPC/15: se o arrolamento consistir exclusivamente na investigação e descrição de bens, ele será um procedimento através do qual se manifesta o direito à prova com a extensão delineada nesse trabalho; se, por outro lado, o arrolamento, para além dessa atividade eminentemente probatória, implicar constrição de bens, ele será uma espécie de procedimento cautelar, correspondente àquele que era previsto introduzido pelo CPC/73.

Avançando, o novo Código manteve, ainda, o arrolamento sucessório (art. 659 e seguintes) que, a despeito de ser instituto homônimo, é absolutamente distinto do arrolamento aqui em foco. Aquele “é um procedimento de jurisdição voluntária de rito especial, espécie de inventário cabível quando a partilha for amigável e celebrada entre partes maiores e capazes”. (MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, 2013, p. 187).

Por fim, foi identificado no ordenamento jurídico pátrio um arrolamento de bens tributário. Conforme disposto nos arts. 64 e 64-A da Lei nº 9.532/1997 e na Instrução Normativa RFB 1.171/2011, esse arrolamento de bens e direitos consiste em uma medida administrativa para acompanhamento do patrimônio do contribuinte em débito para com o Fisco, de forma a garantir a existência de bens suficientes para satisfação de dívida. Trata-se de medida de controle patrimonial, não implicando qualquer apreensão ou gravame dos bens arrolados, sendo previsto apenas que o proprietário dos bens e direitos arrolados, ao transferi-los, aliená-los ou onerá-los, deve comunicar o fato à unidade do órgão fazendário competente. Assemelha-se, assim, apenas “um inventário de todo o patrimônio do sujeito passivo” (CAIS, 2009, p. 248- 249).

⁶⁷ É o que concluí Teresa Arruda Alvim Wambier *et al.* (2015, p. 301-302): “O NCPC, ao mesmo tempo em que não prevê mais as cautelares típicas, **cita-as** [...]. O rol é **exemplificativo**, mas traz consigo uma dificuldade: o que seria, então, o ‘arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem’? O NCPC não dá a resposta. Para entender que medidas são essas, será preciso recorrer ao CPC/73. Convém advertir, no entanto, que os **requisitos específicos** previstos naquele Código para a concessão de tais medidas devem ser **desconsiderados**” (grifos do original).

É inegável que há certa semelhança entre o arrolamento fiscal e o arrolamento do art. 381, §1º, pois, em essência, ambos permitem a documentação do patrimônio de determinado sujeito, mas as divergências entre ambos são de tamanha envergadura que não há opção senão os considerar institutos distintos.

O arrolamento tributário mune o Poder Público de um instrumento de verdadeira fiscalização do patrimônio dos sujeitos passivos tributários, nos termos do §1º do art. 145 da Constituição Federal e dos arts. 194 a 200 do Código Tributário Nacional. Seria, assim, um instituto a disposição do Fisco para fazer valer o cumprimento das obrigações tributárias, distanciando-se, quanto a sua finalidade, daquele arrolamento previsto no art. 381, §1º do novo Código de Processo Civil. Assim, o arrolamento tributário, por não prever qualquer apreensão dos bens arrolados, não é o instituto excepcionado pelo referido §1º do art. 381, todavia não se limita “apenas” a realização de documentação, e, por isso, não pode ser com ele confundido.

5.4.2 Justificação (art. 381, §5º)

O art. 381, §5º do NCPC, que apresenta redação bastante similar à do art. 861 do CPC/73, prescreve que o procedimento previsto para a produção antecipada de provas aplica-se “àquele que pretender justificar⁶⁸ a existência de algum fato ou relação jurídica, para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção”.

De início, convém destacar que a doutrina pátria sempre foi unânime ao afirmar, sob a égide do CPC/73, que a justificação, a despeito de incluída dentro do livro que versava sobre o processo cautelar (arts. 861 e seguintes), tem na verdade, natureza de jurisdição voluntária⁶⁹ e volta-se exclusivamente para a produção de provas⁷⁰. Quanto a esse último

⁶⁸ Convém esclarecer, também, que o termo “justificar” empregado pelo parágrafo em análise está com significação distinta de quando empregado no art. 381, III. Quanto à extensão do termo nesse último dispositivo, basta o que foi dito acima, já quanto a sua extensão no parágrafo em comento, nos valem palavras do professor Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 245): “Certo que a ideia de ‘justificar’ parece estar realmente associada ao prévio conhecimento dos fatos pelo requerente. [...] A ênfase, aparentemente, é mesmo para o registro, e talvez aí resida uma nota diferencial mais relevante entre a justificação e a produção antecipada de provas. Contudo, essa convicção acerca dos fatos que se pretende justificar deve ser entendida mais como indicativa do elemento subjetivo de quem vai a juízo, isto é, de sua *intenção* de registrar determinado fato. De qualquer forma, não se pode partir da premissa de que a prova colhida necessariamente referendará o que alegou ou, mesmo, o que pretendeu o requerente do pleito. O autor certamente sabe o que quer justificar, mas obviamente não pode saber – e, se souber, há, aí, algo de errado – qual o resultado da prova em relação aos fatos que quer ver justificados.”

⁶⁹ Nesse ínterim, são preciosas as palavras de Daniel Amorim Assumpção Neves (2006, p. 241-242), que visando fundamentar a natureza de jurisdição voluntária da justificação em argumentos adequados, e após análise dos principais posicionamentos doutrinários a respeito do tema, conclui: “[...] a natureza de jurisdição voluntária do processo de justificação é derivada da ausência de cognição a respeito de qualquer direito material eu venha a ser protegido pelo processo, pois simplesmente se produz a prova testemunhal, desde que a mesma

ponto, Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 422-244) chega a asseverar que “é na seara da referida medida que a produção antecipada e autônoma da prova – desligada da urgência e da declaração do direito em ‘processo regular’ – parece alcançar seu ápice”.

De fato, a justificação sempre permitiu, ao realizar a “documentação” de fatos, uma atividade de efetiva investigação com posterior registro, o que a aproxima, quanto a finalidade, da produção antecipada de provas⁷¹. Desse modo, a medida inegavelmente tem o condão de, ao fornecer às partes a possibilidade de avaliação do substrato probatório que seria produzido apenas em ulterior processo de conhecimento, fomentar a autocomposição, melhor instruir futura demanda ou, ainda, evitá-la, por qualquer modo.

Quanto à finalidade, o art. 861 do CPC/73 previa que a justificação tinha cabimento quando alguém pretendesse justificar a existência de algum fato ou relação jurídica “para simples documentação ou para servir de prova em processo regular”. Por sua vez, o §5º do art. 381 do CPC/15 supriu textualmente essa última finalidade da medida, sendo que, no mais, a sua redação é praticamente idêntica à do Código Buzaid. Essa supressão, entretanto, em nada influi no alcance da produção antecipada de provas, haja vista que as hipóteses dos incisos do art. 381 permitem interpretação no sentido de que é sim possível a produção da prova simplesmente para instruir processo judicial ou administrativo.

Avançando na análise do dispositivo, temos que, a espelho do arrolamento probatório (art. 381, §1º), a justificação deve ser admitida apenas nas hipóteses previstas no *caput* e incisos do art. 381 do novel Código. Não se olvida que a mera existência de uma ação de qualquer natureza é onerosa para o Estado, de modo que esse, na atividade jurisdicional, só é lícito agir se em busca dos escopos constitucionais e institucionais sobre os quais encontram fundamento. Nesse ínterim, a medida só deve ser deferida quando apresentar, ainda que em tese, uma utilidade para o requerente, sendo forçoso reconhecer que as *intenções* que deverão

seja útil e possível. Quando muito, poderia afirmar-se que estaria sendo protegido o direito da parte à prova, mas nem mesmo esse direito chega a ser analisado no caso concreto, por não serem determinantes os motivos que levam o requerente a pedir a produção probatória. Pouco importa se pretende utilizá-la para embasar pedido no âmbito administrativo, fundamentar pretensão processual, simplesmente tomar conhecimento do fato para afastar, ainda que não definitivamente, alguma crise de incerteza, preparar-se em melhores termos para a realização de uma transação etc. Nada disso importa ao juiz no processo de justificação; basta o controle que exercerá na produção probatória, o que é suficiente para colocá-la no âmbito da jurisdição voluntária”.

⁷⁰ É o que ensina também José Frederico Marques (1999, p. 533): “Justificação, na forma preceituada nos arts. 861 a 866, é processo autônomo de coleta avulsa de prova testemunhal [...]. Não possui a natureza de típica medida cautelar, pois sua finalidade primordial é **constituir prova**, não havendo necessidade de demonstração do ‘periculum in mora’[...]” (destaques do original)

⁷¹ Escreve Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 422-244): “[...] nem mesmo parece lícito dizer que na justificação haveria mera “documentação”. Ainda que, aí, a atividade probatória se limite à oitiva de testemunhas, há efetiva investigação de fatos, com o posterior registro. Mas este último, a toda evidência, não é apto a transmutar a natureza da prova; e, portanto, a ideia de documentação só impropriamente pode ser invocada. Aliás, essa última observação é válida para a produção antecipada de prova; o que, mais uma vez, só reforça que as medidas se prestam essencialmente a uma mesma finalidade”.

ser expostas em petição circunstanciada, devem ser correlacionadas com as hipóteses gerais nas quais a antecipação da prova é admitida.

5.5 Fungibilidade

Sem muito esforço, percebe-se que as hipóteses que admitem a antecipação da prova sem urgência estão expressas em termos genéricos, consubstanciando-se em verdadeiras cláusulas gerais processuais, que a despeito de desenvolverem-se inicialmente no âmbito do Direito Privado, “ultimamente têm ‘invadido’ o Direito processual, [que] afinal também necessita de normas flexíveis que permitam atender às especiais circunstâncias do caso concreto.” (DIDIER JUNIOR, 20--, p. 9)

Nesse ínterim, sem embargos dos balizamentos traçados acima, somente com as construções doutrinárias e jurisprudências produzidas ao longo do tempo de vigência do novo Código, é que as hipóteses de cabimento da antecipação da prova sem urgências, enunciadas propositalmente com a linguagem de tessitura aberta, serão, objetiva e devidamente, complementadas.⁷²

De todo modo, é certo que há sempre uma dose de subjetividade no fundamento da produção antecipada de provas, mormente quando se observa que as hipóteses previstas nos incisos do art. 381 não são mutuamente excludentes, ou seja, a prova produzida permite que mais de um daqueles objetivos previstos pelo legislador infraconstitucional sejam obtidos simultaneamente.

Não há, assim, qualquer óbice jurídico ou lógico para que: (a) a prova requerida com o escopo de viabilizar a autocomposição entre as partes (inciso II) seja utilizada para justificar ou evitar, por qualquer modo, uma ação de conhecimento (inciso III); (b) a prova requerida com a intenção de justificar ou evitar uma ação de conhecimento (inciso III) seja utilizada para viabilizar a autocomposição entre as partes; e (c) a prova requerida para justificar a propositura de uma ação (inciso III, primeira parte), seja utilizada para evitar o ajuizamento dessa mesma ação (inciso III, segunda parte), ou vice versa.

⁷² É o que ensina Judith Martins-Costa (1999, p. 303): “[...] considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui [...] uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista do caso concreto, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extra-sistemáticos no interior do ordenamento jurídico”

Os fundamentos autorizadores da produção antecipada de provas conforme enunciados no novo Código de Processo Civil e que devem ser expostos na inicial, estão, assim, intimamente ligados ao que pretende o requerente da medida, o que, obviamente, não impede que haja desfecho diverso do pretendido. Assim, apenas após a efetiva produção antecipada das provas, em uma visão retrospectiva, é que se poderia afirmar, com segurança, a qual foi o escopo efetivamente atingido pela medida.

Entretanto, ainda que o requerente não logre êxito no objetivo originalmente pretendido ao deflagrar a produção antecipada de provas, do ponto de vista do Estado Juiz basta que o seu objetivo seja ao menos possível para que seja deferida a medida. Mais ainda: é salutar que se admita a antecipação da prova sempre que, ao prudente arbítrio do juiz, verifica-se que, no caso concreto, qualquer dos objetivos elencado nos incisos do art. 381 do CPC/15 possam ser atingidos, mesmo que não tenha sido almejado pelo proponente.⁷³

Por outro modo, se dos motivos invocados pelo requerente emergir o seu direito à prova, o juiz deve deferir a medida, independentemente da consequência jurídica que a parte pretendeu extrair ao cabo da diligência probatória, mas desde que seja realizável através dela qualquer um dos escopos previstos nos incisos do art. 381 do novo Código de Processo Civil. Afinal, se é possível realizar apenas uma mera previsão da utilidade da antecipação da prova, e se a produção da prova será em maior ou menor medida útil desde que ao menos potencialmente consiga direcionar as partes a um meio autocompositivo de solução de controvérsias, justificar ou evitar uma possível ação de conhecimento, a medida deve ser sempre deferida quando configurada essa potencialidade.

A fungibilidade aqui defendida também deve ocorrer durante o procedimento. É possível, durante a ação de produção de provas, que a situação na qual as partes estejam envolvidas sofra alguma alteração, de modo o fundamento invocado pelo requerente perdesse a sua razão de ser. Essa situação se verificaria, por exemplo, quando no curso da antecipação de prova com o escopo de viabilizar uma transação, o litígio de fundo passasse a envolver direitos indisponíveis pela superveniência de incapacidade de algumas das partes. Nesse caso, embora não seja mais possível a realização daquele objetivo, não se olvida que se a prova requerida puder justificar ou evitar o ajuizamento de uma ação para dirimir o conflito, deve ser evitada a extinção do processo.

⁷³ Esse expediente parece relacionar-se com a aplicação dos aforismos *damihi factum, dabo tibi jus e jura novit curia*, segundo os quais “o juiz não fica vinculado às consequências jurídicas indicadas na petição inicial, mas aos *factos* relevantes para configuração de uma dada consequência jurídica” (BUENO, 2011, p. 107).

Assim, sempre com o fito de melhor tutelar o direito à prova e os interesses dos envolvidos na produção antecipada de provas é desejável a existência da fungibilidade aqui defendida.

6 MOMENTO DA ANTECIPAÇÃO DA PROVA EM RELAÇÃO À AÇÃO COGNITIVA

Quanto ao momento em que é autorizada a antecipação da prova sem urgência em relação à ação cognitiva, interessantes conclusões podem ser extraídas da análise conjunta dos incisos II e III do art. 381.

O art. 381, II consagra, sem qualquer limitação temporal, a admissibilidade de antecipação da prova para viabilizar a utilização de meios adequados à solução de conflitos. Por outro lado, o art. 381, III permite a antecipação da prova para justificar ou evitar o (futuro, portanto) ajuizamento de uma ação, de modo que, nessa hipótese, a produção antecipada de provas deve ocorrer sempre antes da existência dessa última.

Por outro modo, não restam dúvidas que, através de uma interpretação conjunta de ambos os dispositivos, é possível concluir que a antecipação da prova sem urgência pode ocorrer em *ação autônoma*, com fundamento nos art. 381, II e III, ou *incidentalmente* ao processo de declaração do direito, com fundamento no art. 381, II.

Resta esclarecer, nesse momento, que a antecipação incidental da prova é, nesse trabalho, tratada apenas como um “incidente processual” e não como um “processo incidental”⁷⁴. Desse modo, não há necessidade de nova citação dos interessados, sendo que a produção antecipada de provas pode se dar com uma mera antecipação da fase instrutória do processo de conhecimento, em típico exemplo de flexibilização procedimental. De todo modo, parece não haver qualquer vedação para que seja requerida a antecipação da prova através de novo processo mesmo que já em curso o processo de conhecimento. Nesse caso, contudo, aquele processo será considerado, para todos os efeitos como um processo autônomo.

No mais, destaca-se há uma limitação temporal lógica da produção antecipada de provas incidental: ela deve ocorrer sempre antes da fase procedimentalmente prevista para a

⁷⁴ A distinção entre os diferentes institutos é bem trabalhada por Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 94) nos seguintes termos: *Processo incidente* é uma relação jurídica processual nova, assentada sobre um procedimento novo. Diz-se *incidente* esse processo porque instaurado sempre de modo relacionado com algum processo pendente e porque visa a um provimento jurisdicional que de algum modo influirá sobre este ou seu objeto. É o que se dá, v.g., no processo dos embargos do executado, no qual se produzirá sentença destinada a atuar sobre o processo executivo ou sobre a própria pretensão exequenda. É o que se dá também na oposição autônoma, que dá origem a um processo novo e esse processo novo produzirá sentença sobre matéria prejudicial ao objeto do processo pendente. *Incidente do processo* é o ato ou série de atos realizados no curso de um processo. É um procedimento menor, inserido no procedimento desse processo, sem que surja nova relação jurídica processual”. (Itálicos do original).

produção probatória, pois, caso contrário, seria uma impropriedade falar que a prova foi realmente produzida *antecipadamente*.⁷⁵⁻⁷⁶

⁷⁵ No mesmo sentido, são as lições de Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2013c, p. 270): “[...] tem-se falado, em doutrina, na possibilidade de *antecipação da prova* independentemente de demonstração do perigo da demora (receio de não mais poder produzi-la), admitindo-se seja realizada: i) antes do processo de conhecimento, através das citadas “ações probatórias autônomas”; ou ii) dentro do processo de conhecimento, mas antes da fase prevista para a instrução probatória.”

⁷⁶ O CPC/73, aliás, previa expressamente em seu art. 847 que a antecipação (cautelar) da prova poderia ser requerida “antes da propositura da ação, ou na pendência desta, mas antes da audiência de instrução”. (MEDINA; ARAÚJO; GAJARDONI, 2013. P. 177-178).

7 O REQUERIMENTO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

7.1 Elementos genéricos

7.1.1 *Petição inicial e necessidade de indicação do conflito ou ação*

A produção antecipada de provas sem urgência pode se dar por meio de ação autônoma ou apenas incidentalmente a uma ação, e o modo de requerê-la será diferente em cada situação.

Quando a produção antecipada de provas se dá por via de ação autônoma é necessária a formulação de uma petição inicial para romper a inércia da jurisdição. Essa peça processual deve apresentar, com nuances próprias, os elementos genéricos de qualquer petição inicial que, no CPC/15, estão elencados nos arts. 319 e 320, correspondentes, embora com algumas diferenças, aos arts. 282 e 283 do CPC/73.

Nesse momento, cumpre apenas destacar que os elementos que devem constar da inicial serão examinados com mais vagar no capítulo seguinte, ao qual se voltará exclusivamente para a ação autônoma de produção de provas.

Por fim, embora a indicação do conflito ou ação não conste expressamente como um elemento (genérico ou específico) que o requerente deve indicar em sua petição inicial, ele é uma decorrência lógica das hipóteses nas quais a ação antecipação da prova é admitida.

O requerente deverá, assim, indicar *qual* o conflito ou ação poderá, respectivamente, ser dirimido por um meio adequado de solução de conflitos (art. 381, II), ou justificada ou evitada (art. 381, III). Basta a mera indicação, não sendo necessário, nesse momento, advogar por uma tese ou por outra. Sem embargos, a depender da complexidade do litígio e das provas que o requerente pretende produzir, será necessária uma descrição mais ou menos detalhada da situação, tudo para justificar o cabimento e a pertinência da medida requerida.⁷⁷

⁷⁷ Trata-se, aliás, de procedimento correlato ao que se dava com as ações cautelares no CPC/73 (art. 801, III), o qual exigia que o autor da demanda fizesse apenas uma *referência* a “ação principal” (BUENO, 2013b, p. 142-143 e 176). Não custa destacar que a exigência da indicação da “ação principal” foi mantida pelo CPC/15 para as tutelas de urgência requeridas em caráter antecedente, conforme se depreende do art. 303, referente à tutela antecipada, e do art. 305, referente à tutela cautelar.

7.1.2 Requerimento incidental

Quando a produção antecipada da prova for requerida incidentalmente, basta à apresentação do requerimento nos próprios autos, não sendo necessário, por óbvio, indicar os elementos típicos de uma petição inicial e a indicação do conflito.

Ademais, não há qualquer imposição legal quanto à peça processual adequada ao requerimento incidental, de modo que apenas deve ser formulado a qualquer momento antes da fase probatória. Assim, o pedido de antecipação pode ser formulado já na petição inicial ou em sede de contestação sem prejuízo de ser formulado, ainda, por simples petição desde que respeitado o limite temporal acima destacado.

7.2 Elementos específicos (art. 379, caput)

O CPC/15 exige em seu art. 379, *caput* que o requerimento de produção antecipada de provas deve apresentar, obrigatoriamente, alguns elementos. O dispositivo, não faz distinção entre a produção antecipada de provas autônoma ou incidental, de modo que o requerente deve fazê-los presentes em todas as situações.

7.2.1 Razões que justificam a necessidade de antecipação da prova

A primeira parte do *caput* do art. 379 do novo Código prescreve que o requerente apresentará as “razões que justificam a necessidade de antecipação da prova”, estabelecendo um diálogo com o art. 381.

O requerente deverá demonstrar que seu pedido de antecipação da prova amolda-se a algumas das situações autorizadas da produção antecipada de provas, conforme enumerado nos incisos desse último artigo.

Tendo sempre em mente o objeto desse estudo, o requerente da medida deve indicar o *porquê* daquela prova, se produzida pelo Poder Judiciário, poderá viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflitos (art. 381, II), ou, ainda, *como* a ação futura poderá ser por ela justificada ou evitada (art. 381, III). Em comentário ao dispositivo, ensina Teresa Arruda Alvim Wambier *et al* (2015, p. 661) que, “além de expor ao juiz qual o **fato** que busca provar, cabe ao autor esclarecer a **utilidade** da prova, ou seja, o vínculo que o liga àquele fato e que faz com que sua apuração seja relevante [...]” (destaques do original).

Urge destacar que não se deve considerar devidamente cumprido esse elemento do requerimento de antecipação da prova, se as suas razões justificadoras se fundarem

exclusivamente em elementos subjetivos do requerente. Ao contrário, é necessário que reste objetivamente demonstrado que, segundo as regras de experiência, a produção de determinada prova realmente possa influir de tal maneira no conflito, que as partes nele envolvidas possam tomar atitudes autocompositivas, ou que a ação que dele possa se extrair se justifique ou, que possa ser evitada.

Em termos práticos, o requerente deve convencer um terceiro – o juiz – de que a produção antecipada da prova que especifica, amolda-se a uma das hipóteses legais em que esse expediente é admitido. Esse objetivo certamente não deve ser considerado atingido se o requerente se limita simplesmente a afirmar que acredita que as referidas hipóteses estão presentes no caso concreto, e que os objetivos da lei possivelmente serão atingidos com o deferimento da medida.

Em contrapartida, não se deve ser exigida prova cabal de que será utilizado um meio adequado de solução de controvérsias, ou de que a ação será efetivamente justificada ou evitada. O que deve o requerente demonstrar é apenas a mera *possibilidade* desses objetivos serem futuramente atingidos. Nesse ínterim, os incisos II e III do art. 381 prescrevem expressamente que para a antecipação da prova ser admitida basta que, por um juízo hipotético, seja possível a realização dos objetivos que elencam. Como já visto acima, basta que a prova especificada pelo requerente seja apenas *suscetível* de viabilizar um meio adequado de solução de conflitos, ou que simplesmente *possa* justificar ou evitar o ajuizamento de ação, para que seja autorizada a sua produção antecipada.

7.2.2 Menção precisa dos fatos sobre os quais a prova há de recair

A produção de determinada prova sempre implica, ainda que com variações de intensidade decorrentes das particularidades de cada meio de prova, alguma espécie de invasão da esfera individual, estando sempre em jogo, dentre outros, direitos como a intimidade, sigilo e privacidade. (YARSHELL, 2009, p. 333).

Nesse ínterim, não basta ao requerente comprovar que, no caso concreto, a produção antecipada de provas encontra guarida nas hipóteses do art. 381 do CPC/15, devendo, também, mencionar *com precisão* os fatos sobre os quais a prova deve recair. Trata-se de um mandamento que exige que o requerente da medida delineie exatamente sobre que fatos deverão recair a atividade probatória, sendo que, de plano, ficam vedados os pedidos de antecipação da prova que recaiam sobre fatos genericamente identificados. Não deve, assim, ser admitida a produção antecipada de provas sobre “toda a matéria fática do conflito” ou

“sobre os fatos tendentes a demonstrar alguma tese”. Vício dessa ordem pode levar a inicial a ser rejeitada por inépcia ou ao indeferimento do requerimento incidental.

Para que esse requisito do requerimento de produção antecipada de provas considere-se perfeito, faz-se necessário que o requerente da medida especifique com a maior exatidão possível, *qual fato* pretende submeter à atividade probatória.

Essa exigência é imprescindível, como lembra Teresa Arruda Alvim Wambier *et al* (2015, p. 661), “para que o juiz possa impedir abusos e indeferir iniciativas inconsequentes”, contudo, ela “deve ser vista com algum temperamento, uma vez que não se pode perder de vista que a ação está sendo proposta precisamente porque o autor pretende se inteirar da exata dimensão dos fatos relacionados à determinada situação jurídica”.

Assim, de maneira análoga ao que deve ocorrer com a apreciação das razões que justificam a antecipação da prova, o cumprimento desse requisito deve ser analisado com ponderação e razoabilidade pelo magistrado competente, que deve ter sempre em mente que o requerente desconhece total ou parcialmente a situação fática em que está inserido.

7.2.3 Especificação dos meios de provas

Intimamente ligado à especificação dos fatos sobre os quais deva recair a atividade probatória, encontra-se a especificação dos meios de provas que se pretende utilizar. Desse modo, não basta ao requerente indicar *o que* pretende provar, mas também *como* pretende fazê-lo (WAMBIER *et al*, 2015, p. 661).

A especificação dos meios de provas é essencial na medida em que permite ao magistrado e aos demais interessados na produção da prova, avaliar a pertinência do pedido, ou seja, se aquele meio de prova que se pretende utilizar é realmente apto ou o mais adequado para satisfazer o direito à prova. Trata-se do elemento distintivo essencial previsto no art. 379, §3º do CPC/15 entre o pedido do requerente e dos demais interessados, que prescreve que esses últimos “poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora”. Não há como negar que o vocábulo “prova” está empregado no referido dispositivo como sinônimo de “meio de prova”, de modo que, em uma primeira abordagem, uma das interpretações possíveis do referido dispositivo é aquela que permite aos interessados buscarem uma abordagem diferente em relação ao fato que o requerente originário pretende comprovar.

No mais, o meio de prova tem influência direta na produção da prova em si, sendo o procedimento a ser tomado após o deferimento da medida deve seguir os trâmites ordinários

daquele, se a prova for típica, ou o meio apto a demonstrar a verdade dos fatos se a prova for atípica.

Por fim, quanto a essa última constatação, note que o princípio da atipicidade das provas parece ter ampla aplicação nos procedimentos de produção antecipada de provas. Tendo como pressuposto que a razão desse instituto é – como a própria nomenclatura já revela – adiantar da maneira mais fiel possível as diligências probatórias que seriam realizadas em eventual processo cognitivo, não há como negar, aqui, a aplicação do indigitado princípio.⁷⁸

O novo Código, em seu silêncio, confirma as constatações acima. O legislador do novo diploma não mais limitou os meios de provas que podem ser empregados nesse procedimento – a semelhança do que foi feito nos art. 846 e 849 do CPC/73 –, limitando-se a, sem quaisquer ressalvas ou exceções, admitir a produção antecipada de provas com ou sem urgência. Assim, é possível concluir que vigora o princípio da atipicidade das provas também⁷⁹ quando pretende produzir provas antecipadamente através do procedimento disciplinado pelos art. 381 a 383 do novo Código de Processo Civil.

⁷⁸ Nessa linha, veja escrevem Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2013c, p. 282) que deve ser admitida “a antecipação de qualquer meio de prova típico ou atípico – salvo prova documental já abrangida pelo procedimento exhibitório –, em homenagem ao princípio da liberdade dos meios de prova (art. 332, CPC73)”. Na mesma linha, Luiz Flávio Yarshell (2009, p. 421), após vasto levantamento doutrinário, reconhece que a antecipação da prova pode se dar “sem embargo da limitação [dos] meios de prova indicados no art. 846 do CPC [de 1973]”.

⁷⁹ O princípio da atipicidade das provas é expressamente agasalhado pelo novo Código de Processo Civil no art. 369 que dispõe que “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.” Em que pede a literalidade do dispositivo relacionar o aludido princípio exclusivamente a declaração do direito, elegendo o juiz como o destinatário da prova, a expressa previsão de um direito à prova no nosso ordenamento jurídico, impõe, através de uma interpretação teológico-sistemática, a aplicação do princípio também aos processos de produção antecipada de provas.

8 AÇÃO PROBATÓRIA AUTÔNOMA

8.1 Natureza jurídica

A produção antecipada de provas sem urgência, a despeito de localizada no Livro I do Novo Código de Processo Civil (“Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença”), é típico procedimento de jurisdição voluntária.

Não constitui objeto desse trabalho aprofundar-se no conceito ou na definição da natureza jurídica da jurisdição voluntária em si, até mesmo porque trata-se de “um daqueles assuntos clássicos da dogmática processual, que acirra os ânimos doutrinários, sobre o qual, depois de tanto tempo, é difícil saber o que de definitivo já se construiu”. (DIDIER JUNIOR, 2013, p. 111). Todavia, visando o acerto das conclusões acima tiradas, urge trazer, ainda que brevemente, o que se entende por jurisdição voluntária na doutrina nacional.

Em comentada obra sobre o tema, Leonardo Greco (2003, p. 11-19) definiu a jurisdição voluntária como

uma modalidade de atividade estatal ou judicial em que o órgão que a exerce tutela assistencialmente interesses particulares, concorrendo com o seu conhecimento ou com a sua vontade para o nascimento, a validade ou a eficácia de um ato da vida privada, para a formação, o desenvolvimento, a documentação ou a extinção de uma relação jurídica ou para a eficácia de uma situação fática ou jurídica.

Mais genericamente, entende Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 151-153) que os procedimentos de jurisdição voluntária não se destinam a solucionar conflitos de interesses, mas sim de “tratar situações que, embora não envolvendo conflitos, possuem uma repercussão social tal que levam o CPC a submetê-las à jurisdição”. Por outro modo, a jurisdição, nesse caso, “não atua para resolver um conflito de interesses, mas somente para zelar por algumas situações de direito material que, diante da sua relevância social e ao ver do legislador, não podem ficar entregues apenas aos particulares”.

Por fim, destacam-se as lições de Cândido Rangel Dinamarco (2013b, p. 328-329) para quem a jurisdição voluntária é a “atividade jurisdicional destinada a pacificar pessoas mediante a tutela a uma delas ou a ambas, em casos de conflitos postos diante do juiz sem confronto entre possíveis direitos de uma ou de outra”. Mais à frente, elenca o aludido professor que são as características distintivas da jurisdição voluntária: (a) é atividade jurisdicional e não administrativa, (b) destina-se à tutela de pessoas em casos de conflitos, (c) não consiste em dirimir diretamente conflitos entre ela, (d) conseqüentemente, não são

julgadas pretensões antagônicas e (e) destina-se a dar tutela a uma das partes, previamente determinada, ou a ambas, sem se colocar para o juiz a escolha entre tutelar uma delas ou a outra.

Como se vê a ação de produção antecipada de provas se molda perfeitamente aos conceitos de jurisdição voluntária acima descritos.

No procedimento aqui em estudo, o Estado-Juiz é chamado apenas para produzir determinada prova, não havendo qualquer cognição quanto à eventual conflito de interesse entre as partes. Entendendo o juiz que a produção antecipada de determinada prova é, em alguma medida, útil para atender algum dos escopos previstos nos incisos II e III do art. 381 do CPC/15, defere-se a sua produção que será realizada sobre o controle e tutela da jurisdição, encerrando-se aí o processo. Pouco importa, nesse momento, se haverá, de fato, uma autocomposição, se alguma outra ação será justificada ou evitada: haverá apenas e tão somente a produção da prova potencialmente útil a esses fins, o que é suficiente para colocá-la no âmbito da jurisdição voluntária.⁸⁰

Através do procedimento aqui em estudo, garante-se o direito à prova, mas, mediatamente, tutela-se o direito material das partes que poderiam, sabendo como os fatos serão levados a juízo, melhor se orientar para tomar a atitude mais adequada diante da situação fática em que se encontram. Note que, conforme se verá, a produção antecipada de provas sempre beneficiará os interessados, pois até mesmo uma prova desfavorável pode servir como “alerta” e, assim, igualmente sinalizar qual a melhor postura diante de determinada situação jurídica de direito material.

Comungando dessas conclusões e versando propriamente sobre as ações probatórias autônomas, escrevem Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2013b, p. 273) que a ação aqui em estudo é satisfativa “do chamado *direito autônomo à prova, direito este que se realiza com a coleta da prova em típico procedimento de jurisdição voluntária*” (grifos do original).

Note, por fim, que há vozes doutrinárias que entendem que a natureza jurídica da produção antecipada de provas é variável e dependente do principal que supostamente embasaria a sua pertinência.⁸¹

⁸⁰ A natureza jurídica da produção antecipada de provas se justifica, assim, pelos mesmos argumentos levantados para justificar a natureza de jurisdição voluntária da justificação.

⁸¹ Nesse sentido escreve José Maria Rosa Tesheiner (1992, p. 156-157): “[...] a produção antecipada de provas tem a natureza do processo em que se insere. Há, pois, produção administrativa de provas, como há produção de provas em processos de jurisdição voluntária e em processos de jurisdição contenciosa. Atividade exercida pelo juiz no processo é atividade jurisdicional. O caráter instrumental das medidas probatórias não é suficiente para sua inserção no âmbito das atividades de administração. A recepção de provas em processo

Esse raciocínio, contudo, pode levar a certas perplexidades.

De início, a referida posição doutrinária parece ter se firmado sobre a premissa de que a prova produzida antecipadamente seria, obrigatoriamente, utilizada em ulterior processo administrativo ou judicial que justificou a sua pertinência. Aliás, essa é, em linhas gerais, a sistemática que era prevista pelo do art. 806 do CPC/73, que, todavia, teve a sua incidência afastada pela doutrina e jurisprudência em relação a produção antecipada de provas. Desse modo, já nesse momento, não subsistia mais razão para a classificação da natureza jurídica da produção antecipada de provas pelo processo na qual ela seria utilizada, pois esse não necessariamente existirá.

E mais: com o advento do novo Código de Processo Civil essa proposta teórica de classificação que, quando menos, já não mais tinha motivos para subsistir, restou totalmente superada. A ação de produção antecipada de provas sem urgência passou a ser formalmente autônoma e independente de qualquer “ação principal” na qual a prova seria utilizada, consagrando um verdadeiro direito à prova. Nesse ínterim, é interessante destacar que um dos objetivos das ações probatórias é justamente fazer com que essa projetada “ação principal” não venha a existir. De todo modo, se inexistir o processo que justificou a medida de produção antecipada de provas, qual será a sua natureza jurídica?

Assim, parece não haver alternativa se não se debruçar sobre a ação probatória autônoma em si mesmo considera e, a partir daí, extrair a sua natureza jurídica, quando, então, parece ser inescapável a conclusão de que se trata de um processo de jurisdição voluntária.

8.2 Ação dúplice?

Como regra, as posições ocupadas pelo demandante e pelo demandado no processo são bem definidas: aquele formula pedido de tutela jurisdicional em seu favor, e esse, por sua vez, é aquele em face de quem o pedido é formulado. O demandado nada pede em seu favor, limitando-se a postular a declaração de improcedência do pedido do autor e, desejando formular pedido em seu favor, deverá apresentar sua pretensão através de reconvenção (CÂMARA, 2010, p. 374).

Na ação dúplice, entretanto, o autor desde logo assume a qualidade de réu e vice-versa, podendo esse último obter, independentemente de pedido expresso, mas sem prejuízo dele, o bem jurídico disputado como consequência direta da rejeição do pedido do primeiro.

contencioso é ato de jurisdição contenciosa. A mera antecipação não lhe altera a natureza. No mais das vezes, pois, a produção antecipada de provas, prevista no art. 846 do Código de Processo Civil, terá natureza contenciosa.”

Por outro modo, a rejeição ao pedido do autor garante resultado favorável ao réu, sem necessidade de ser veiculada pretensão nesse sentido.

Especificamente no que toca as ações probatórias, ensina Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 327-332) que elas podem ser qualificadas como dúplices, ainda que não exatamente com a tradicional concepção acima exposta. O caráter instrumental da prova, a ser produzida antecipadamente, opera-se de maneira uniforme para ambas as partes, e o “que pode haver – e há – de não uniforme no resultado da prova produzida antecipadamente é tão somente a respectiva valoração”. Assim, concluí que

poder-se-á falar de duplicidade desta forma: as peculiaridades da atividade probatória, se não são aptas a automaticamente fazer do autor réu (e vice-versa), tornam irrelevante – ao menos se considerada a produção da prova – a distinção entre eles. A prova requerida pelo demandante valerá e produzirá efeitos tanto para ele quanto para o demandado. A duplicidade reside em que a “procedência” da demanda – que, na verdade, significa a produção da prova requerida pelo autor – atua de forma igual para ambas as partes; ou, mais ainda: a prova requerida por iniciativa do autor poderá, quanto ao respectivo conteúdo, vir a favorecer o réu sem que, para qualquer uma dessas situações, tenha sido necessário que o demandado alargasse o objeto do processo, deduzindo outro pedido.

[...] A duplicidade reside na circunstância – que ora fica reafirmada – de que existe interesse do demandado na produção antecipada da providência de instrução, na medida em que o respectivo resultado possa favorecê-lo. Reitere-se que mesmo a prova cujo conteúdo seja desfavorável ao réu, atende, em certa medida, aos interesses da parte desfavorecida, na medida em que lhe serve de advertência, evitando os encargos ainda piores que possam decorrer de um resultado desfavorável no processo cujo objeto seja a declaração do direito. Pior que uma prova desfavorável é, sem dúvida, na sentença desfavorável.

O caráter dúplice das ações probatórias seria observado, assim, em uma análise retrospectiva, considerando a valoração da prova pelas próprias partes ou no processo de declaração do direito ao qual ela sirva.

Não obstante, levando em conta apenas e tão somente a ação probatória e a tutela jurisdicional imediata por ela provida, vemos que ela não favorece a um ou outro demandante, mas sim a ambos indistintamente. O esclarecimento de uma situação conflituosa é algo que beneficia a todos envolvidos no conflito, inclusive aquele que se mostrou estar em uma posição juridicamente desfavorável, pois, como já destacado, ele foi alertado de uma possível derrota judicial caso o conflito seja levado à apreciação do Judiciário, e, assim, pode tomar a melhor atitude para resguardar os seus interesses.

Ademais, é estranho perquirir, na ação probatória autônoma, qual a tese jurídica é favorecida pela prova antecipada. Essa análise depende da *valoração* da prova pelas próprias partes ou, eventualmente, pelo julgador que com ela se deparar subsidiando um processo de

conhecimento, mas que nunca deve ocorrer no bojo da ação de produção antecipada de provas.

Não obstante, o destaque para esse peculiar caráter “dúplice” – que, no último, não passa do imemorial princípio da “comunhão da prova” ou da “aquisição da prova”⁸² – revela didaticamente que a prova produzida antecipadamente pode, após a sua valoração pelas partes ou pelo juiz do processo declaratório em que ela foi usada, ser perfeitamente considerada prejudicial ao seu requerente.

8.3 Competência (art. 381, §2º e §4º)

Prescreve o §2º do art. 381 do CPC/15 que a produção antecipada da prova é da competência do juízo do foro onde ela deva ser produzida ou, concorrentemente, do foro de domicílio do réu⁸³.

De início, vemos que o dispositivo inova ao estabelecer uma regra especial de competência para as ações probatórias, elegendo como competente o juízo do “foro conveniente à produção da prova” ou simplesmente “foro conveniente”⁸⁴.

Ainda sobre a vigência do CPC/73, já havia vozes doutrinárias que entendiam que a cautelar de produção antecipada de provas devia sempre se dar no foro conveniente para atingir a sua finalidade, evitando-se movimentos inúteis e improdutivo do maquinário

⁸² Esse princípio, conforme ensina Cássio Scarpinella Bueno (2011, p. 280), impõe que a prova “deve ser analisada e avaliada independentemente de quem a produziu em juízo e, em última análise, pode, até mesmo, acabar por prejudicar quem a trouxe para o plano do processo, isto é, quem a produziu. Trata-se de princípio segundo o qual é irrelevante quem tenha sido aquele que produziu a prova em juízo que passa a pertencer ao próprio processo, longe da disponibilidade ou dos interesses das partes ou de eventuais terceiros”.

⁸³ Parece-nos que ao se referir ao domicílio do “réu”, o legislador referia-se aquele que ocuparia o polo passivo da ação de conhecimento, ou, por outras palavras, aquele que, potencialmente, teria a prova a ser antecipada utilizada contra ele em futura demanda. A ressalva é necessária, pois no Capítulo 8.5.3 exporemos que o – por assim dizer – “réu” da ação de produção antecipada de provas é aquela pessoa da qual se exige algum ato tendente à pré-constituição da prova. Mas note: se ação probatória for proposta no foro do domicílio desse último, ela era será, na verdade, interposta no que se convencionou chamar de “foro conveniente”. É, por exemplo, o caso da ação de produção antecipada de provas interposta diretamente no domicílio da testemunha que se pretende ouvir. Desse modo, não restam dúvidas que o “réu” referido pelo legislador no art. 381, §2º do CPC/15 é, realmente, aquele perante o qual o requerente originário pretende mover a ação cognitiva na qual a prova produzida antecipadamente seria utilizada.

⁸⁴ A expressão é conhecida dos estudiosos de Direito Internacional Privado. “O foro conveniente” ou “*foro conveniens*” é critério de fixação de competência especialmente nos países de tradição da *common law*. Sobre o tema, já escreveu Nádia de Araújo (2011, p. 241): “Nos países da *common law* há o *foro non conveniens*, aquele que seria inconveniente e implicaria a abstenção da justiça para cuidar da questão. Esclarece Barbosa Moreira que isso se aplica a casos em que há vantagens consideráveis em se acionar em outro Estado, pelas facilidades em se obterem as provas, e por ali ser possível efetuar melhor o julgamento. Nesses, declinar-se-ia da competência, ainda naquele Estado. Por esse princípio a atribuição da competência não obriga determinada Justiça a atuar quando solicitada, restando-lhe, sempre, um determinado grau de discricionariedade para recusar a causa. [...] No Brasil, tais considerações não foram objetos de decisão judicial ou discussão pela doutrina, sendo desconhecida essa teoria [...]”.

judiciário e incrementando a qualidade da prestação da tutela jurisdicional.⁸⁵ Essa posição já ecoou na jurisprudência pátria, sendo possível encontrar precedentes do Superior Tribunal de Justiça nos quais se reconheceu a competência, para a cautelar de produção antecipada de provas, do foro onde se encontra o objeto da lide por questões de ordem prática e processual, e pela maior celeridade à prestação jurisdicional.⁸⁶

Conforme aponta Fredie Didier Junior (2013c, p. 283), há inclusive alguns ordenamentos estrangeiros que tradicionalmente atribuem à competência ao juízo onde as diligências probatórias deveram ser realizadas. Nesse sentido, repetindo o art. 83º, “d” do revogado código, o Novo Código de Processo Civil português, vigente desde 2013, prescreve no art. 73, 1 “d”: “As diligências antecipadas de produção de prova são requeridas no tribunal do lugar em que hajam de efetuar-se”.

O entendimento de que o conhecimento das ações cautelares de produção antecipadas de provas deve incumbir ao juízo de onde a prova será produzida pode e deve ser aplicado quando afastado o requisito da urgência nesses procedimentos. Aliás, embasado no que já exposto anteriormente, é salutar que se permita o ajuizamento de toda e qualquer ação probatória perante o juízo mais conveniente para a produção da prova, merecendo aplausos, nesse ponto, a inovação legislativa⁸⁷.

A ação de produção antecipada de provas sem urgência tem como único e exclusivo objeto imediato a produção da prova em si, de modo que, não se pretende qualquer valoração da prova pelo magistrado que presidir a colheita, e nem mesmo há necessidade de

⁸⁵ Nesse sentido escrevem Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart (2010, p. 269-270): “A medida de asseguarção de prova deve ser sempre proposta no local *mais conveniente* para atingir a sua finalidade. Em regra, então, será ela ajuizada no local em que se encontra a pessoa ou o objeto que constituirá a fonte da prova a ser assegurada. Não teria nenhum sentido pretender instaurar a medida em uma cidade, para deprecar a oitiva da testemunha para outro local, quando esta é a única finalidade da ação.” No mesmo sentido, aduz Daniel Amorim Assumpção Neves (2006, p. 139-140): “[...] não há como negar que a fixação de competência da cautelar de produção antecipada de provas no local onde deverá ser efetivamente produzida tal prova, independente da regra para o processo principal, facilita e otimiza a sua produção, de modo a evitar a desnecessária utilização e cartas precatórias [...]. Pergunta-se: se a prova não será, de qualquer forma, produzida pelo juízo competente para conhecer o processo principal, qual a razão para exigir-se a distribuição dessa ação perante tal juízo?”

⁸⁶ A título de ilustração, trazem-se as seguintes emendas de decisões exaradas pelo Superior Tribunal de Justiça: “Em se tratando de ação cautelar de produção antecipada de provas, por questões de ordem prática e processual, pode ser reconhecida a competência do foro onde encontra-se o bem objeto da lide, facilitando, com isso, a realização de diligências, perícias e inspeção judicial, bem como possibilitando maior celeridade à prestação jurisdicional.” (AgRg no Ag 1137193 / GO, Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Órgão Julgador, T4 - QUARTA TURMA, Data do Julgamento 27/10/2009) e “A competência deve prevalecer também por questões de ordem prática e processual, na medida em que a realização de perícia ou inspeção judicial no Juízo será facilitada, porquanto lá já se encontra o produto objeto da divergência entre as partes; o que, sem dúvida, contribui para a celeridade da prestação jurisdicional.” (AgRg nos EDcl no AgRg no Ag 727.699/ES, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2006, DJ 18/12/2006 p. 372).

⁸⁷ Note, por oportuno, que o dispositivo aqui em comento segue essa linha, uma vez que se aplica indistintamente às ações antecipações da prova, motivadas pela urgência ou não.

qualquer ajuizamento de futura ação cognitiva na qual a prova deveria ser utilizada. Nesse prisma, não faz sentido determinar a competência com base em requisitos totalmente alheios aos objetivos da ação. Se existe um verdadeiro direito à prova, não persiste razão para atribuímos competência ao juízo onde tramitaria a uma suposta “ação principal”, pois, primeiramente, não há de se falar em qualquer relação de acessoriedade ou instrumentalidade e, em segundo lugar, essa ação não existirá obrigatoriamente.

Por outro lado, não faz sentido eleger como competente um juízo que terá como único objetivo expedir uma carta a outro requerendo a diligência (WAMBIER *et al*, 2015, p. 661), pois esse expediente certamente não prestigia o princípio da eficiência, uma vez que exige muito mais movimentação do aparelho estatal, como todos os custos e inconvenientes daí decorrentes, para a realização de serviço que somente um órgão poderia fazer⁸⁸.

Ademais, exigir que o jurisdicionado interponha, obrigatoriamente, a produção antecipada de provas em juízo distante daquele que tem as melhores condições de produzir a prova, com certeza não contribui para concreção do princípio da duração razoável do processo e dos meios que garantam a celeridade de tramitação, em desrespeito ao preceito fundamental insculpido no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal⁸⁹.

Urge destacar, todavia, que da simples leitura do dispositivo projetado, temos que a lei não elegeu qualquer hierarquia entre os dois critérios de fixação de competência, ou seja, estabeleceu competência concorrente entre (o aqui chamado) foro conveniente e o foro de domicílio do réu. Contudo, entendemos que o foro conveniente à produção da prova deve ser preferível ao foro do réu, por que é o mais condizente com o modelo processual civil brasileiro, uma vez que se compatibiliza com princípios que o foro do domicílio do réu, nem sempre, consegue compatibilização.

Para as ações probatórias, a fixação de competência no foro de domicílio do réu⁹⁰ é, no mínimo, tão inconveniente quanto à fixação de competência no foro juízo que seria competente para conhecer a “ação principal”. Isso porque, em primeiro lugar, se ambos os

⁸⁸ Discorrendo sobre a eficiência na administração pública, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 84) ensina que o princípio “apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao **modo de atuação do agente público**, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao **modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública**, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados possíveis na prestação de serviços públicos” (grifos não são nossos).

⁸⁹ Já foi ensinado que, “de fato, o acesso a justiça só por si já inclui uma prestação jurisdicional em tempo hábil para garantir o gozo do direito pleiteado – mas crônica morosidade do aparelho judiciário o frustrava; daí criar mais essa garantia constitucional [...]” (SILVA, 2012, p. 432)

⁹⁰ O texto legal utiliza, aqui, o termo “réu” referindo-se aquele indivíduo que supostamente ocuparia o polo passivo na ação de conhecimento. Quando se refere as partes da ação probatória, o legislador utiliza-se os termos “requerente” e “interessado”. Confira, nesse sentido, os 382, *caput*, e §§1º, 3º e 4º do CPC/15.

aludidos foros coincidirem, as mesmas objeções feitas acima permanecem claramente pertinentes.

Por outro lado, a situação mostra-se teratológica quando o foro de domicílio do réu for, no caso concreto, um “terceiro foro”, ou seja, distinto do foro que seria competente para conhecer a “ação principal” e, ao mesmo tempo, do foro conveniente para a produção da prova. Nesse caso, somado a todos os problemas de não se interpor a ação no foro conveniente a produção antecipada da prova, poderia ser competente um foro completamente alheio até mesmo à situação de fundo que embasaria a medida.

Se na atual fase de desenvolvimento do direito processual civil pátrio reconhecesse como inadequado até mesmo o foro que julgaria a questão de fundo que embasou a produção antecipada de provas, com maior razão reconhecer-se-á que é totalmente descabido eleger como competente qualquer outro foro, ainda que o do domicílio do réu.

Em suma, essa ampla concorrência dos foros competentes, conforme estabelecido no texto da lei, simplesmente não se afina ao modelo constitucional de processo civil pátrio, de modo que a melhor interpretação da norma, então, seria aquela que prevê que o juízo competente é aquele do foro onde deve ser produzida a prova, e, apenas em situações excepcionais, seria autorizada a interposição da ação no domicílio do réu.

Isso porque há situações nas quais não é possível interpor a ação no foro conveniente à produção da prova. Esse foro pode não ser identificável (v.g., produção de uma prova pericial em caminhão que muda de localização constantemente) ou a prova, por sua natureza, pode ser produzida em qualquer lugar (v.g. uma perícia em um sistema de proteção de um determinado site de comércio virtual) (RANGEL E MENEZES, 2013, p. 3.778).

Não se olvida, igualmente, que não seja possível a distribuição da ação probatória no foro conveniente e, simultaneamente, não se saiba quem é o réu e conseqüentemente o seu domicílio. Basta imaginar, por exemplo, a pretensão a produção de uma prova em um *site*, justamente para tentar identificar o responsável por seu conteúdo. Nesses casos, é patente que o dispositivo aqui em estudo é insuficiente, sendo necessário buscar as regras gerais de competência para resolver o impasse, de modo que, pela graduação estabelecida pela lei, é de se permitir o ajuizamento da ação no foro de domicílio do autor, ou, a depender do caso concreto, em qualquer foro (art. 46 do novo Código de Processo Civil).

Por fim, pontua-se que a Justiça Estadual sempre teve competência federal delegada para a produção antecipada, na qual faça parte algum ente federal, se na comarca não houver vara da Justiça Federal (art. 15, II da Lei nº 5.010/1996), concretizando o disposto no art. 109, §3º da Constituição Federal (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, P. 284).

A referida regra mantém-se no CPC/15 que, inclusive, a incorpora no art. 381, §4º que prescreve que “o juízo estadual tem competência para a produção antecipada de prova requerida em face da União, entidade autárquica ou empresa pública federal, se na localidade, não houver vara federal”.

8.4 Prevenção (art. 381, §3º) e a inaplicabilidade princípio da identidade física do juiz

Esclarecido qual o foro competente para conhecer da ação probatória, resta saber se o juízo que atuou nessa ação fica prevento para a eventual e futura ação cognitiva fundada nos fatos sobre os quais recaíram a produção antecipada de provas.

Sobre o tema, são identificados na doutrina e na jurisprudência três distintos posicionamentos, esses construídos, obviamente, tendo em vista a cautelar de produção antecipada de provas, mas que podem servir para subsidiar o estudo que aqui se pretende.

O primeiro ensina que há sim prevenção do juízo da produção antecipada de provas, sob o argumento que a ação já coloca *sub judice* a lide, e que, portanto, tem plena aplicação o art. 800 do CPC/73.⁹¹

O segundo, que se pode chamar de “intermediário”, prescreve que não há realmente prevenção entre os feitos, mas que os processos devem ser reunidos naquele juiz que presidiu a produção probatória em homenagem ao princípio da identidade física do juiz e da imediatidade.⁹²

Por fim, o terceiro posicionamento, em ponto diametralmente oposto ao primeiro, ensina que a produção antecipada de provas não gera prevenção do juízo para a ação principal.

Passemos a analisar esses posicionamentos.

⁹¹ Humberto Theodoro Junior (2006, p. 326) é expressivo nesse sentido: “Não mais deve perdurar a controvérsia sobre a prevenção do juiz da antecipação de prova para a ação principal. Não se trata de simples feito de ação voluntária ou de mero expediente probatório da livre disponibilidade do interessado. A antecipação é ação cautelar que já coloca *sub judice* a lide. Nem sequer pode o promovente, como se dava no regime do Código revogado, retirar os autos do Cartório para fazer deles o uso que julgar conveniente. Agora, devem os autos permanecer em Cartório aguardando a propositura da ação principal. É evidente, assim, que a competência do juiz da vistoria torna-se preventa”.

⁹² É o que aduzem Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart (2010, p. 270): “[...] pode haver nítida conveniência em que, podendo ser proposta em vários locais, seja oferecida na sede (e perante) do juízo que examinou a medida de assecuração de prova. Isso em conta da preservação do princípio da imediatidade e da identidade física do juiz. Se, com efeito, foi esse juiz que teve a impressão pessoal do fato e da prova, então é claro que ele será o magistrado que, normalmente, terá melhores condições de examinar o litígio, sobretudo quando a prova assegurada tenha sido a prova oral ou a inspeção judicial. A reunião das ações, porém, não decorre da prevenção, mas apenas da tentativa, na maior medida possível, dos princípios gerais que informam a atividade judicial e que buscam oferecer a decisão mais perfeita ao caso concreto”.

É pacífico que a prevenção existe para determinar qual juízo é concretamente competente para conhecer a demanda quando há dois ou mais juízo abstratamente competentes. Ademais é comum a afirmação de que o instituto aqui em estudo é também um critério de modificação da competência⁹³, na medida em que exclui outros juízes abstrata e igualmente competentes para a mesma causa e para as que lhe são conexas, continentes, ou, mais amplamente, aquelas que guardem alguma relação com a demanda já em curso (BUENO; 2011, p. 83 e 85).

Sem prejuízo das minúcias sobre o instituto, que não nos convém discutir nesse momento, é certo que a prevenção como critério de modificação de competência – faceta do instituto que mais interessa para os presentes fins – é, segundo Cândido Rangel Dinamarco (2013b, p. 637), motivada: (i) pelo empenho em evitar julgamento dispares e desarmoniosos em causas ou recursos que devam ser objeto de convicção única; (ii) pelo melhor conhecimento global que o mesmo juiz se habilita a ter; (iii) pela economia de dinheiro e atividades que se obtém mediante a reunião de duas ou mais causas sob um só juiz; (iv) pela conveniência ética de evitar a repositura da demanda perante outro juízo na esperança de obter reversão de uma decisão desfavorável.

O art. 389, §2º do CPC/15 prescreve que o juiz não se pronunciará acerca da ocorrência ou da inoocorrência do fato, bem como sobre as respectivas consequências jurídicas, sendo que apenas ser-lhe-á lícito realizar um trabalho preponderantemente administrativo de presidir a produção da prova. Até aqui não há nenhuma novidade em relação ao sistema de antecipação de prova previsto no CPC/73, no qual era pacífico que caberia ao juiz que presidiria a ação principal a valoração a prova, e não ao da ação cautelar.⁹⁴

Se o fundamento primeiro do instituto da prevenção é evitar julgamento dispares sobre uma mesma situação de direito material, é patente que, sob esse prisma, não deve haver prevenção no caso. Como na produção antecipada de provas é vedado ao juiz explicitar qualquer juízo de valor em relação aos fatos sobre os quais recairá a atividade probatória,

⁹³ Cândido Rangel Dinamarco (2013b, p. 637) considera que a prevenção se dá em duas diferentes ordens: “a) prevenção *originária*, referente à própria causa em relação à qual se deu; b) prevenção *expansiva*, referente a outras causas ou mesmo outros processos” (grifos do original)

⁹⁴ Nesse sentido, confira, dentre outros, José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas Araújo e Fernando da Fonseca Gajardoni (2013, p.178-180): “É o juiz da ação principal que admite e valora a prova; tais atividades não devem ser realizadas pelo juiz na ação cautelar. [...] A sentença da ação cautelar de produção antecipada de provas simplesmente atesta a regularidade do procedimento, sem nenhuma consideração sobre o conteúdo da prova. O juiz da cautelar não a valora, sob pena de infringir o livre convencimento do juiz da ação principal (art. 131 do CPC). A sentença é meramente homologatória, de modo que não se exige do magistrado fundamentação outra que não seja apenas reconhecer a observância dos requisitos legais na colheita da prova antecipada (art. 458 do CPC). O art. 368, §2º, do NCPC [correspondente ao art. 382, §2º do Código sancionado], a respeito, é expresso no sentido de que ‘o juiz não se pronunciará acerca da ocorrência ou da inoocorrência do fato, bem como sobre as respectivas consequências jurídicas’”.

nunca poderá haver qualquer decisão conflitante sobre o direito material de fundo, pois, a rigor, nada será nem mesmo decidido a respeito.

E mais: o Poder Judiciário nem mesmo é provocado para dirimir uma lide, e sim para que realize – através das prerrogativas que lhe permitem ter, indubitavelmente, o mais amplo poder de investigação do Estado brasileiro – a produção probatória antecipada, visando propiciar as partes o melhor conhecimento da situação em que estão envolvidas.

Nesse prisma, cai por terra o argumento de que a produção antecipada de prova coloca *sub judice* a lide. Até mesmo porque, em que pese haver a necessidade de existir uma lide em segundo plano a embasar a pertinência da antecipação da prova, essa lide não é levada – pelo menos não nesse momento – à apreciação do judiciário. Há no procedimento aqui em estudo, como já dito, o exercício daquilo que se convencionou chamar de direito à prova.

No mais, não há no que se falar em economia de dinheiro e atividades na reunião das duas ações perante o mesmo juízo. Partindo do pressuposto que a prova produzida antecipadamente seria indispensável para esclarecer a situação fática na qual estão imersas as partes, não só para elas mesmas, mas também para que o juiz que chamado para julgar a lide, as mesmas diligências probatórias muito provavelmente seriam realizadas na fase reservada para esses atos dentro do processo cognitivo. Desse modo, não convence o argumento que se estaria desenvolvendo, com a antecipação da prova sem urgência, uma atividade mais onerosa ao poder judiciário. Muito pelo contrário: como nesse procedimento, além das despesas ordinárias para a produção da prova, haverá a necessidade de recolher custas iniciais, ele se mostra financeiramente menos oneroso ao Poder Judiciário. Isso, não custa destacar, se a ação cognitiva vier a existir.

De todo modo, o CPC/15 colocou fim a antiga celeuma doutrinária e dispôs no art. 381, §3º que a produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta.

Essa posição parece ser majoritária na jurisprudência pátria desde longa data, conforme da notícia a Súmula 263 do extinto Tribunal Federal de Recursos, aplicada até a contemporaneidade⁹⁵, e que prescrevia que “a produção antecipada de provas, por si só, não previne a competência para a ação principal” (NEVES, 2006, p. 141).

⁹⁵ Confira, a esse respeito, o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE DEPÓSITO. CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. AJUIZAMENTO ANTERIOR. CONEXÃO. SÚMULA N.º 235/STJ. PREVENÇÃO DO JUÍZO. SÚMULA N.º 263 DO EXTINTO TFR. 1. É inadmissível recurso especial quando não ventilada na decisão recorrida a questão federal suscitada. Súmula n.º 282/STF. 2. A conexão não impõe definição de competência, mas apenas pode modificá-la, pois visa a prevenir resultados contraditórios entre as ações que contêm identidade de “objeto ou causa de pedir” (art. 103 do CPC), preocupação que se torna despicienda quando, como no caso, ambas as ações tidas por

Entretanto, se, como visto, não se justifica a prevenção do juízo que presidiu a ação probatória autônoma para conhecer eventual processo de cognitivo sobre os mesmos fatos, resta saber se ambos devem ser reunidos sobre o mesmo magistrado pelo princípio da identidade física do juiz.

Esse princípio guarda íntima relação com a concepção original de Giuseppe Chiovenda sobre o princípio da oralidade: se é verdade que é preferível que o juiz colha as provas orais⁹⁶ e coordene os trabalhos desenvolvidos em audiência, é igualmente preferível que ele decida a questão material relacionada com aquele conjunto probatório, pois é ele quem terá melhores condições de decidir (BUENO, 2011, p. 558).

Destaca-se que, nessa linha, foi identificada decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça na qual foi reconhecida a prevenção do juízo que atuou na cautelar de produção antecipada de provas na qual foi realizada uma perícia técnica, sinalizando que a reunião dos feitos deve ocorrer sempre quando for verificada uma “intervenção do magistrado no feito”⁹⁷. Sem muito esforço, percebe-se que a decisão incorpora a mesma *ratio* que

conexas já se encontram sentenciadas. 3. "A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado". Súmula n.º 235/STJ. 4. "A produção antecipada de provas, por si só, não previne a competência para a ação principal". Súmula n.º 263/TFR. 5. Recurso especial improvido. (REsp 617921 / MT, Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA, Data do Julgamento 18/05/2010, Data da Publicação/Fonte DJe 26/05/2010)

⁹⁶ Note que o comentado princípio da identidade física do juiz é derivado de outro: o princípio da oralidade. Nesse sentido aduzem Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2013, p. 347-350): “[...] a oralidade entre nós representa um *complexo de ideias* e de caracteres que se traduzem em vários princípios distintos, ainda que intimamente ligados entre si, dando ao procedimento oral seu aspecto particular: os princípios da *concentração*, da *imedição* ou *imediatez*, da *identidade física do juiz*, da *irrecorribilidade das interlocutórias*. O princípio da *imedição* exige o contato direto do juiz com as provas, a fim de que receba, sem intermediários, o material de que se servirá para julgar (a imedição não está necessariamente ligada à oralidade, mas historicamente os dois princípios sempre andaram consideravelmente juntos). Como corolário indispensável da imedição, segue-se o princípio da *identidade física do juiz*: o magistrado deve ser o mesmo, do começo ao fim da instrução oral, salvo casos excepcionais, para que o julgamento não seja feito por um juiz que não teve contato direto com os atos processuais. A aplicação dos princípios mencionados completa-se com o da *concentração* da causa em período breve, reduzindo-se a uma única ou poucas audiências, em curtos intervalos. E, enfim, para concretizar a oralidade e a concentração, faz-se necessária a *irrecorribilidade das interlocutórias*, ou seja, das decisões proferidas no curso do processo, se determinar-lhe a extinção”.

⁹⁷ Segue a emenda do julgado que esclarece suficientemente os fundamentos da decisão: RECURSO ESPECIAL - ALÍNEA "C" - CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA PERICIAL - NOMEAÇÃO DE PERITO DO JUÍZO - PREVENÇÃO DO JUÍZO QUE APRECIOU A MEDIDA PREPARATÓRIA PARA EXAME DA AÇÃO PRINCIPAL - EXEGESE DA REGRA DO ART. 800 DO CPC E DA SÚMULA N. 236 DO EXTINTO TFR. É de convir que a aplicação da regra do artigo 800 do CPC merece temperamentos quando se trata do ajuizamento de cautelar de produção antecipada de provas, pois a produção antecipada de provas, por si só, não previne a competência para a ação principal". A depender da modalidade de prova requerida, mormente se verificada a intervenção do magistrado no feito, com a nomeação de expert de sua confiança, inegável a prevenção do Juízo da ação preparatória para exame da principal. Na espécie, tendo em vista que a prova pericial requerida pela autora, ora recorrente, demandou a designação de perito do juízo para averiguação do efetivo adimplemento do objeto contratual pela empresa prestadora do serviço de impermeabilização contratado, e considerando-se que o laudo pericial produzido será utilizado como elemento probatório nos autos da ação de rescisão contratual c/c perdas e danos, recomenda-se a prevenção do juízo que conheceu da primeira ação. No aresto chamado à colação, o entendimento esposado pela colenda 4ª Turma deste

justifica a reunião dos feitos sob o juiz que presidiu a colheita de provas orais, podendo ser vista, inclusive, como uma “evolução” do princípio da identidade física do juiz.

Desse modo, a luz desses entendimentos, haveria duas situações distintas: se na produção antecipada de provas fossem produzidas provas orais ou, mais amplamente, que se “magistrado intervisse no feito”, o eventual e futuro processo cognitivo deveria ser julgado pelo mesmo juiz. Caso contrário, não haveria a necessidade de união dos processos em um mesmo magistrado, sendo o processo cognitivo distribuído livremente entre todos os juízes abstratamente competentes.

Deixada de lado a questão – não sem importância – da insegurança jurídica que essa construção pode causar, não se olvida que ela é plenamente defensável do ponto de vista como exposto acima, mas ela não resiste a uma análise mais acurada.

É necessário sempre ter em mente que o princípio da identidade física do juiz encontra plena e importantes aplicação no contexto em que foi idealizado, qual seja, para vincular o juiz que presidiu a colheita de provas ao julgamento da lide, tudo dentro de um procedimento voltado para a declaração do direito.⁹⁸ Por outro modo, o comentado princípio opera plenamente quando o juiz que colhe a prova é aquele ao qual ela é dirigida para que, posteriormente, forme o seu convencimento e julgue a lide⁹⁹, o que, como visto, não ocorre na produção antecipada de provas.

Tribunal foi no sentido de que "a norma do art. 800, por exceção, com suporte na construção doutrinário-jurisprudencial, não se aplica indistintamente nos casos de cautelar de antecipação de provas" (REsp n. 51.618-8/MG, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 21.11.1994). Embora seja aparentemente divergente da orientação esposada no v. acórdão recorrido, que entendeu ser a produção antecipada de provas medida que "continua tendo a natureza de cautelaridade" e, por isso, "insere-se na mesma regra de prevenção estabelecida no art. 800 do CPC", em vista das peculiaridades do caso em exame, deve-se manter o decisum da Corte de origem a fim de que a competência para o julgamento da ação principal seja do Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública do TJSP, isto é, o mesmo que apreciou a cautelar. Recurso especial não conhecido. (REsp 487630 / SP, Relator(a) Ministro FRANCIULLI NETTO, Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento 21/08/2003, Data da Publicação/Fonte DJ 28/06/2004 p. 245)

⁹⁸ Das lições de Giuseppe Chiovenda (2002, p. 65-66) pode-se extrair que o princípio da oralidade e os seus sucedâneos foram idealizados para operarem dentro do processo de conhecimento, ou, por outras palavras, quando a colheita de provas estivesse inexoravelmente ligada ao julgamento estatal. Observe: “É claro, com efeito, que tanto a oralidade quanto a imediação são impraticáveis se os diversos atos processuais se desenvolvem perante pessoa físicas a cada trecho variadas; pois que a impressão recebida pelo juiz que assiste a um ou mais atos não se pode transfundir no outro que tenha de julgar, mas somente se lhe poderia transmitir por meio da escrita, e, em tal hipótese, o processo, que seria oral em relação ao juiz instrutor, tornar-se-ia escrito relativamente ao julgador. [...]. Tudo isso, ao invés, é indiferente no processo escrito, no qual, julgando-se sobre o que está escrito, pouco importa que uma atividade seja exercida perante um juiz, outra perante outro, e um terceiro juiz decida. É como se o processo fosse um quadro, uma estátua, um edifício, que um artista pode esboçar e outro concluir, e não uma cadeia de raciocínios, que exige, quanto seja possível, a unidade da pessoa, que o realiza”

⁹⁹ É o que fica claro das lições de Cândido Rangel Dinamarco (2005, p.461): “*Processo oral* é o sistema em que os atos processuais se realizam de modo a propiciar o contato direto do juiz com as fontes de prova e com as alegações das partes, **com vista à captação mais autêntica dos elementos com base nos quais julgará**” (destaquei)

Não há como negar que a atividade que se opera no espírito do julgador quando preside a produção de provas com vistas a formar o seu convencimento para decidir a respeito de um conflito de direito material é completamente diferente do que ocorre no espírito do magistrado que preside a ação de produção antecipada de provas. No primeiro caso, a colheita da prova é acompanhada de uma atividade valorativa, visando confirmar ou infirmar as alegações deduzidas pelas partes, tudo para que, posteriormente, o magistrado conceda a tutela jurisdicional àquele que dela faz jus. No segundo caso, diferentemente, como o magistrado não é chamado a decidir uma lide, a colheita de provas passa a ter no seu espírito um caráter, por assim dizer, mais neutro, meramente formal. Aqui não se exige do magistrado que ele se debruce sobre a prova, visando uma cognição exauriente do litígio que levou a instauração do procedimento.

Note, por oportuno, que o requerimento de antecipação da prova não exige que a parte interessada deduza, à exaustão, os fatos e fundamentos jurídicos que embasariam o pedido da ação cognitiva na qual a prova produzida antecipadamente poderia vir a ser usada, e que nem mesmo é admitida a apresentação de defesa (art. 382, §4º do CPC/15). Desse modo, seria até mesmo impossível ao magistrado analisar o conjunto probatório de tal forma que justificaria a união dos feitos sob o crivo do princípio da identidade física do juiz.

Na verdade, parecemos que o aludido princípio teria um estreitíssimo âmbito de aplicação, pois não seria o mero ato de colher pessoalmente a prova que vincularia o juiz que o fizesse ao julgamento da causa. O que se passa é exatamente o oposto: o juiz que já é o competente para julgar a lide e colhe pessoalmente as provas, não pode, salvo exceções legais, furtar-se de decidir a lide.¹⁰⁰

As conclusões acima exaradas de certa forma se confirmam quando se destaca que o fato da prova ter sido produzida por meio de carta precatória ou rogatória, não impõe que a lide seja julgada pelo juízo deprecado ou rogado, respectivamente. Com efeito, a mesma lógica deve ser empregada nas ações probatórias: o acima chamado “foro conveniente” não seria outro se não aquele onde se localizaria o juízo deprecado ou rogado que produziria as provas requeridas pelo juízo solicitante. Assim, seria ilógico entender que quando ocorre o “destaque”, total ou parcial, da fase instrutória do processo de conhecimento pela ação probatória autônoma haveria a necessidade de se observar o princípio da identidade física do

¹⁰⁰ Com efeito, aduz Alexandre Freitas Câmara (2008, p. 109): “O princípio da imediatidade física, que vincula um juiz a determinado processo, só se justifica quando a mudança da pessoa do juiz possa ser prejudicial para a efetividade da prestação jurisdicional. Por tais motivos, aliás, é que tal princípio é de raríssima aplicação no Direito brasileiro, estando previsto no art. 132 do CPC [de 1973], que contém tantas exceções ao referido princípio que nos permite afirmar que o princípio da identidade física do juiz é que consiste na verdadeira exceção, e não na regra geral”

juiz, e vincular o julgamento da causa ao “juiz-instrutor” que, ordinariamente, jamais se transformaria no “juiz-julgador”,¹⁰¹⁻¹⁰² até mesmo porque pensar diferente colocaria em xeque o princípio constitucional do juiz natural.¹⁰³

Se correta às ilações acima de que a prova produzida antecipadamente *não* tem como destinatário o juiz, admitir a união dos efeitos em homenagem ao princípio da identidade física do juiz e da imediatidade seria inócuo e um verdadeiro paradoxo.

Contudo, Daniel Amorim Assumpção Neves (2006, p. 143) apresenta pertinente exceção à regra acima exposta, pontuando que se houver identidade de foros entre a ação probatória e a ação cognitiva é aconselhável à união dos feitos sobre o mesmo juiz.¹⁰⁴

Ante ao exposto acima, entendemos que, nesse caso excepcional, a união dos feitos perante o mesmo juízo não se dá em razão do princípio da identidade física do juiz, mas apenas por razões de ordem prática: ainda que o juiz que presidiu a colheita da prova na ação probatória não tenha tido um contato qualificado com o litígio de fundo a ponto de torná-lo vinculado ao seu julgamento, é certo que ele teve um primeiro contato não desprezível com a questão. Esse contato pode ser fundamental para a maior celeridade e economia processual, pois certamente haverá maior aceitação da prova antecipada quando ela for produzida pelo próprio julgador que agora está julgando a ação cognitiva na qual a prova será empregada. Por outro modo, a prova seria recepcionada com maior tranquilidade pelo juiz que a produziu

¹⁰¹ Sobre o tema são precisas as lições de Moacyr Amaral Santos (1983, p. 293): “Mas por vezes, mesmo as provas que, geralmente, se produzem em audiência precisam, por circunstâncias especiais, algumas das quais a lei prevê, se formarem fora dela. Em tais casos, princípios cardeais da oralidade – a imediatidade do juiz com as partes e com os meios de prova, a identidade física do juiz em todo o decorrer da lide, a concentração da causa no tempo – todos, ou alguns deles, não podem verificar-se. São exceções fatais ao sistema seguido pelo Código, impossíveis de serem suprimidas, como se verá nos capítulos imediatos, que ocorrem: a) nos casos de prova de fora da terra; ou b) nos casos de prova *ad perpetuam rei memoriam*”.

¹⁰² Em complemento a nota anterior: Escreve Leonardo José Carneiro da Cunha (2009, p. 232) que se entendia, já de longa data, que o princípio da identidade física do juiz não é absoluto “não apenas em razão do que estabelecia o parágrafo único do art. 120 [do CPC/73], como também pelas situações em que a prova oral seria colhida por carta precatória ou rogatória, bem como por aquelas feitas *ad perpetuam rei memoriam* e, bem ainda, pelas provas emprestadas de outro processo”

¹⁰³ A aplicação do princípio da identidade física do juiz nas ações probatórias, geraria a inadmissível possibilidade de uma das partes “escolher” o juízo que julgaria a questão de fundo: bastaria, grosso modo, o ajuizamento da ação de produção antecipada de provas para que o juiz da eventual e futura ação conhecimento que versasse sobre os respectivos fatos estivesse definido, ferindo-se claramente o princípio do juiz natural. Nesse ínterim, debruçando-se sobre os incisos XXXVII e LIII do art. 5º da Carta Magna, aduz Alexandre de Moraes (2009, p. 88) que o princípio do juiz natural importa não apenas na proibição da criação de tribunais ou juízos de exceção, “mas também [no] respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e a imparcialidade do órgão julgador”.

¹⁰⁴ Escreve o citado doutrinador: “se ambas as demandas, pelas regras de competência, forem proposta perante a mesma Comarca ou Seção Judiciária, será possível defender que a Vara que produziu a prova antecipadamente esteja preventa para conhecer e julgar o processo principal. Essa visão permitiria, se não houvesse mudança do juiz, respeitar-se o princípio da imediatidade, não havendo razão justificadora de distribuir livremente, dentro da mesma competência territorial, o processo principal. Já se os processos forem de competência territorial diversa, não se poderá falar em prevenção.”

antecipadamente o que, provavelmente, evitaria que fosse determinada a repetição de sua produção, agora, pelo juiz do processo cognitivo.

Em síntese conclusiva, a ação de produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta (art. 381, §3º), salvo se essa última for proposta na mesma comarca ou seção judiciária daquela, quando, então, devem os feitos serem reunidos perante a mesma vara se não houver mudança do magistrado.

8.5 Partes e legitimidade

8.5.1 *Requerente originário*

O exercício do direito à prova, assim como todo e qualquer direito, não é absoluto, “e aproveitando o paralelismo com o direito de ação, é correto afirmar que o exercício daquele direito exige, em alguma medida, *pertinência subjetiva*” que “deve ser aferida tendo-se em mente a relação de direito material de fundo que justifica a produção antecipada de prova, sem, entretanto, com ela confundir-se” (YARSHELL, 2009, p. 363-364).

Nesse ínterim, não há grande dificuldade em se reconhecer que o “requerente originário”¹⁰⁵ de ação de produção antecipada de provas, pode se identificar com o autor da ação de conhecimento que se poderia extrair da situação de direito material que, no fundo, gera o interesse em ambas as ações. Contudo, em razão da essência do direito à prova, essa identidade nem sempre ocorrerá, pois a prova a ser obtida poderá ser útil também ao réu da projetada ação cognitiva, ao qual não pode ser negada a legitimidade para o ingresso da ação de produção antecipada de provas.

Debruçando-se sobre esse fenômeno, que já havia sido notado na ação cautelar de produção antecipada de provas do CPC/73, Daniel Amorim Assumpção Neves (2009, p. 121-122) o relaciona com o ônus da prova em seu aspecto subjetivo, de modo que haveria o interesse de agir do réu e, portanto, a legitimidade para requerer a antecipação, quando a prova por ele requerida se relacionasse ao direito de defesa que seria exercido na ação de conhecimento.

Não obstante, nas ações probatórias autônomas sem o requisito da urgência, o fenômeno ganha contornos inegavelmente mais amplos. Ainda que sem a desvinculação entre

¹⁰⁵ A expressão é empregada pelo próprio novo Código de Processo Civil na parte final do art. 382, §4º: “Neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo **requerente originário**” (destaquei).

o direito à prova e a relação de direito material de fundo, não parece adequado limitar o interesse da antecipação da prova ao ônus que autor ou réu teriam na ação de conhecimento.

Antes da efetiva produção e, principalmente, valoração da prova é extremamente difícil – quiçá impossível – precisar exatamente a quem ela beneficiará ou, por outras palavras, qual dos litigantes do futuro processo cognitivo será desincumbido do respectivo ônus probatório.¹⁰⁶ A oitiva de uma testemunha visando, por exemplo, esclarecer a sistemática de um acidente automobilístico pode, a depender do teor de seu testemunho, favorecer tanto uma parte processual quanto a outra, e isso independentemente de quem a tenha arrolado.

Ademais, o direito à prova com a extensão aqui defendida exige, em primeiro lugar, autonomia em relação à ação de conhecimento que também poderia se retirar da situação de direito material de fundo, sob pena de ser indesejavelmente mutilado. O reconhecimento do direito à investigação dos fatos nos quais as partes estão imersas não pode, destarte, ficar limitado apenas aquelas situações nas quais também haveria o ônus probatório a quem o pretende exercer, como se o autor e o réu detivessem, cada uma, a “metade ideal” do exercício daquele direito.

A produção antecipada de provas tem o imprescindível papel de permitir que as partes avaliem melhor as suas chances de êxito em eventual ação de conhecimento e, assim, tomem a melhor atitude na tutela dos seus direitos. Esse escopo só será satisfatoriamente atingido, por motivos óbvios, se todas as questões fáticas puderem ser investigadas e esclarecidas. Em termos práticos, o réu de uma ação de conhecimento tem inegável interesse de antecipar uma produção de uma prova que, a princípio, seria de interesse do autor em razão do seu ônus probatório, justamente para avaliar se tem chances de sucumbir naquele processo.

Contudo, não só aqueles que ocupariam o polo ativo ou passivo de uma ação de conhecimento têm legitimidade para requerer a produção antecipada de provas, mas também aqueles que, ainda do ponto de vista do processo declaratório, seriam verdadeiros “terceiros”. Afinal, não há como negar que esses podem ter legítimo interesse na antecipação da prova sem urgência, também com base nos incisos II e III do art. 381 do CPC/15¹⁰⁷. É, por exemplo,

¹⁰⁶ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Galeno Lacerda (2007, p. 240-241) são expressivos nesse ponto: “[...] como a prova aproveita ao autor da eventual ação principal e também ao réu da mesma demanda, a legitimidade exibe-se mais extensa, permitindo possam ambos promovê-la, independente de sua posição na ação futura.”

¹⁰⁷ É o que entende Daniel Amorim Assumpção Neves (2009, p. 124) ante aos agora irretocáveis argumentos abaixo transcritos, que, a despeito de se referirem a cautelar de produção antecipada de provas do CPC/73, podem ser adaptados a ação aqui em estudo: “A permissão para que o terceiro seja considerado parte legítima na cautelar de produção antecipada de provas exige que entre ele e alguma das partes exista alguma espécie de relação jurídica de direito material, da qual resultaria um interesse jurídico do terceiro na produção antecipada da prova [...] Uma forma simples de contemplar a legitimidade de parte nesse caso é a de franquear a

o caso da seguradora que, antevendo uma eventual denúncia a lide, pretende antecipar a prova para comprovar que o dano foi causado por risco não coberto; ou, ainda, do ex-fiador que, para evitar um chamamento ao processo, busca provas de sua regular exoneração da garantia prestada.

O novo Código de Processo Civil de certo modo ratifica esse entendimento ao silenciar em relação à legitimidade daqueles que podem dar início a ação de produção antecipada de provas sem urgência, limitando-se a enunciar que ela é cabível quando atenda pelo menos uma das situações previstas nos incisos II ou III do art. 381. A medida gravita, assim, em torno da prova em si mesmo considerada e da utilidade que ela apresenta para a situação de direito material de fundo, sendo irrelevante de quem provenha a iniciativa de sua produção.

8.5.2 Demais interessados (art. 382, §1º)

A prova pleiteada pelo requerente originário pode não só a ele dizer respeito. Nesse caso, devem ser chamados a integrar a ação de produção antecipada de provas, todos aqueles que também ostentem algum interesse jurídico na medida e que, por esse motivo, são chamados pelo novo Código de “interessados”. É o que prescreve o art. 382, §1º do CPC/15: “O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se inexistente caráter contencioso”.

Conforme já sinalizado, o resultado da prova produzida antecipadamente será invariavelmente o mesmo para todos os atores processuais que participem da ação, pois o que poderia desigualar os interessados seria apenas a valoração que faz da prova ali produzida o que, contudo, não deve ocorrer no bojo da ação de produção antecipada de provas. (YARSHELL, 2009, p. 374-381).

Nessa linha, parece que o legislador do novo Código entendeu por bem formar uma espécie de litisconsórcio necessário entre todos aqueles que têm algum interesse na prova que será ali produzida, inclusive autorizando que o juiz os chame, de ofício, para integrar a lide. Note que para o dispositivo aqui em comento é desnecessário que a relação jurídica de direito material seja necessariamente monolítica, sendo que o litisconsórcio é estabelecido aqui por força de lei em razão de uma (sábia) opção política do legislador.¹⁰⁸

todos os sujeitos que poderiam, em tese, participar do processo principal como terceiros intervenientes a possibilidade de ingressar com o processo cautelar de produção de provas”

¹⁰⁸ Para Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 378-379) o litisconsórcio nas ações probatórias deve, como regra, facultativa e, apenas quando a situação de direito material fosse incindível é que se justificaria o litisconsórcio passivo necessário. Contudo, os argumentos levantados pelo professor no estudo na análise dos fundamentos da

Os “interessados” seriam, portanto, todos aqueles que tenham uma relação jurídica relevante com a situação de direito material de fundo que justifica a pertinência da antecipação da prova, e que poderiam, em tese, extrair alguma utilidade da atividade de pré-constituição da prova que será ali desenvolvida.¹⁰⁹

Assim, a rigor, o próprio requerente originário pode ser classificado como um “interessado”, assim como, de regra¹¹⁰, as partes que ocupariam os polos ativo e passivo da ação de conhecimento projetada.

Mas mesmo aqueles “terceiros” da ação de conhecimento, se desde já identificáveis, devem ser chamados para participar da produção antecipada de provas, pois inegavelmente são “interessados” nessa medida. Assim, é de se admitir inclusive, conforme já ocorria na ação cautelar de produção antecipada de provas do CPC/73, que esses “terceiros” sejam chamados a intervir no processo ou nele ingressem voluntariamente.¹¹¹

existência do litisconsórcio necessário podem servir para a compreensão do dispositivo em comento. Assim, a busca por reunir o maior número possível de interessados na prova se justificaria, “primeiro, sob o ângulo estatal: a ineficácia da prova produzida antecipadamente em relação a quem não participou do processo destinado a essa finalidade, embora não necessariamente inviabilize o resultado de posteriores atividades estatais, pode comprometê-lo de forma importante se a prova que se antecipou não puder, por alguma razão, ser novamente produzida. Nesse caso, na medida em que o fato diga respeito a diversas pessoas – e aí reside o caráter unitário –, não se poderá considera-lo provado para um e não provado para outros e, principalmente, não se poderá considerar provado em relação a quem não participou da colheita da prova. Mas, ainda que a prova possa ser repetida [...] a perda dos atos procedentes não se afeiçoa ao interesse público. Se a prova deve ser produzida e se há iniciativa legítima de que o seja de forma antecipada, que ela se faça da forma mais completa e eficiente possível. Do contrário, seria de se duvidar que existe *legítimo* interesse para a própria antecipação. Portanto, sob o ângulo estatal, impõe-se a presença de todos quantos estejam ligados, no plano substancial, aos fatos sobre os quais se pretende pré-constituir prova, em típica situação de litisconsórcio necessário”.

¹⁰⁹ Conforme bem lembra Eduardo Cambi (2001, p. 156) “É importante ressaltar que a prova produzida sem a presença das partes e do juiz infringe a garantia constitucional do contraditório. Por isso, as provas produzidas sem a observância do contraditório não possuem eficácia probatória, não vinculando a parte que não teve a oportunidade de se manifestar, nem podendo integrar a esfera do livre convencimento do juiz (art. 131 do CPC), sob pena de incorrer na nulidade da sentença, por violação ao art. 5º, LV, da CF”

¹¹⁰ Quando se exige que alguma das partes do processo cognitivo correlato pratique algum ato de pré-constituição de provas, ela estará ocupando o “polo passivo” da ação de produção antecipada de provas, conforme se verá no capítulo seguinte.

¹¹¹ Versando sobre a intervenção de terceiros na ação cautelar de produção antecipada de provas do CPC/73, Daniel Amorim Assumpção Neves (2009, p. 127-132) assevera que há uma “vedação quase completa das espécies de intervenção de terceiro no processo cautelar em geral e da antecipação de provas em particular [o que] suscita uma interessante questão, que envolve os sujeitos que não participarão como autor ou réu no processo principal, mas nele poderão intervir por meio de uma das intervenções disciplinadas pelo Código de Processo Civil. Não são admitidos no processo cautelar por meio da intervenção que lhes possibilitará ingressar no processo principal, de modo que resta a ser resolvido o problema da eficácia da prova colhida antecipadamente, à luz do princípio do contraditório. [...] A melhor doutrina, sensível ao problema, criou uma espécie de assistência provocada, na qual o requerente da produção antecipada de provas simplesmente pedirá a citação do terceiro para fazer parte desse processo. Segundo Cândido Rangel Dinamarco, ‘se o terceiro comparecer e efetivamente participar, ele o fará na condição de assistente do denunciante; se se omitir e ficar ausente (contumácia), a prova produzida será igualmente eficaz perante ele, em virtude da denúncia feita’”. A jurisprudência já encampou essa ideia conforme se depreende do REsp 213.556/RJ de relatoria da Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado pela TERCEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça em 20/08/2001, e publicado no DJ em 17/09/2001, e que foi assim ementado: “Processo civil. Recurso especial. Ação cautelar. Produção antecipada de prova. Denúnciação da lide. Assistência. - Não cabe denúnciação da lide em medida cautelar de produção antecipada de prova. Precedente. - É admissível a intervenção de terceiro em ação cautelar

Por fim, a parte final do dispositivo em análise prescreve que não será necessária a citação de interessados se “inexistir caráter contencioso”. Trata-se de óbvia exceção à regra e que, a rigor, sequer precisaria constar no dispositivo: se não há qualquer pretensão em se utilizar a prova produzida antecipadamente em prejuízo de outrem, ou se, mais amplamente, não há outros “interessados” na medida, ela deve se desenvolver exclusivamente perante o requerente originário e o Poder Judiciário. É o que ocorre de ordinário, p. ex., quando algum interessado requerer a produção antecipada de provas para atestar a morte presumida de alguém em razão de acidente, e, assim, obter a certidão de óbito junto ao cartório competente.¹¹²

8.5.3 “Polo passivo”

O “polo passivo” da produção antecipada de provas deve ser ocupado por aquele que terá, em menor ou maior medida, sua esfera jurídica atingida pelos meios de provas pleiteados pelo requerente da medida, ainda que ele não seja, necessariamente, o legitimado que também deverá ocupar o polo passivo da ação de conhecimento correlata.¹¹³

Assim, não restam dúvidas de que aquele que ocuparia o polo passivo da ação de conhecimento, também ostenta legitimidade passiva para a ação de produção antecipada de prova sem urgência, sendo lícito exigir dele alguma atividade de pré-constituição de prova. Contudo, o direito à descoberta e ao registro de determinados fatos não fica limitado necessariamente aos sujeitos de uma dada relação de direito material, inclusive porque os fatos a investigar e a prova a pré-constituir podem, eles próprios, elucidar e esclarecer quais são os protagonistas da relação substancial controvertida (YARSHELL, 2009, p. 263).

Essas conclusões realmente se acentuam quando as diligências probatórias são pleiteadas justamente para identificar aquele que ocuparia o polo passivo de uma eventual

de produção antecipada de prova, na forma de assistência provocada, pois visa garantir a efetividade do princípio do contraditório, de modo a assegurar a eficácia da prova produzida perante aquele que será denunciado à lide, posteriormente, no processo principal. - Recurso especial a que se conhece pelo dissídio e, no mérito, nega-se provimento.”

¹¹² No Código Buzaid a ação de justificação era utilizada para cumprir esse papel. Confira, supra, o Capítulo 5.4.1.

¹¹³ São precisas nesse ponto as lições de Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 325): “Quando se exige de qualquer pessoa que pratique ao qualificável como produção de prova, não há como qualificar essa pessoa simplesmente como ‘terceiro’, na medida em que é sua – ou também é sua – a esfera jurídica atingida. O ‘terceiro’ pode até ostentar tal qualidade se visto em relação às partes que, nos limites do objeto do processo, contendem. Contudo, a pretensão de quem quer que seja, dirigida a outrem, de produção de certa prova coloca o destinatário na posição de parte. Essa ressalva é importante, na medida em que, em qualquer circunstância, ainda que os elementos de prova em poder de ‘terceiros’ digam respeito a outrem (daí por que ser rotulados de ‘terceiro’), devem ser observadas as garantias inerentes ao devido processo legal e, dentre ele, e em particular, a garantia do contraditório. É possível que o ‘terceiro’ nenhuma resistência tenha a opor. Mas também é possível que haja fundamentos para que resista à produção da prova, como na hipótese de sigilo profissional.”

ação cognitiva. Nesse caso a relação jurídico-processual seria composta, de um lado, pelo requerente da produção antecipada de provas e, de outro, por aquele sujeito do qual se exigiria alguma atividade tendente a identificar o legitimado passivo para uma projetada ação de conhecimento. Nessa situação, não há como que esse último – que pode ser complementemente desinteressado em relação à ação projetada – possa ter motivos para resistir a fornecer a informação pleiteada pelo requerente da medida, ou mesmo para zelar pela produção da prova com a estrita observância do devido processo legal.

Imagine, por exemplo, que a pessoa “A” tenha realizado uma transferência eletrônica de valores através da instituição financeira “B”, com o intuito de quitar dívida com a pessoa “C”. Contudo, por um erro de digitação, “A” enviou o dinheiro para a conta de titularidade da pessoa desconhecida “D”. Assim, “A” demanda a instituição “B”, com o intuito que ela informe os dados do titular da conta na qual houve o crédito, para que possa tomar as providências necessárias para a repetição do indébito. Nesse caso hipotético, a instituição financeira pode – ou melhor, deve – velar para que a informação solicitada não viole o sigilo bancário da pessoa “D” e, se for o caso, pode até mesmo resistir à pretensão de “A”.¹¹⁴

Todavia, as conclusões acima exaradas podem ser estendidas àqueles casos nos quais as partes da ação cognitiva são conhecidas e a prova a ser antecipada visa apenas aclarar a situação de direito material de fundo. Aquele de quem se exige algum ato para a produção antecipada de provas pode, em razão da invasão da sua esfera jurídica¹¹⁵, ter motivos para resistir à medida, devendo lhe ser assegurado à oportunidade de se manifestar sobre a prestação que lhe é exigida, sendo ele, por assim dizer, o “réu” da referida ação. Por outras palavras, na medida em que é esse ator processual terá sua esfera jurídica atingida – as vezes com até mais intensidade que os interessados na medida – deve a ele ser deferida a possibilidade da ampla defesa e do contraditório, cláusulas pétreas do devido processo legal, conforme prescreve art. 5º, LV da Constituição Federal.

¹¹⁴ Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2009, p. 152) definem o sigilo bancário como a “**obrigação**, de que são portadores os bancos, de não revelar, salvo evidente justa causa, as informações que obterem em razão de sua atividade profissional” (destaquei)

¹¹⁵ Uma série de exemplos de invasão da esfera jurídica pela produção antecipada de provas são apontados por Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 365) nos mais diversos meios de prova: “Fora do âmbito da prova documental, embora as situações apareçam com menos clareza, raciocínio análogo também pode ser feito. É pensar na prova pericial hematológica que, em investigação de paternidade, e diante do falecimento do indigitado pai, possa envolver a colheita de sangue de ‘terceiros’; ou até mesmo na prova testemunhal, se consideradas, por exemplo, as hipóteses previstas entre nós pelo art. 406 do CPC [de 1973] ou, ainda, as situações nas quais a convocação para prestar depoimento envolve, ainda que potencialmente, alguma forma de acusação contra a própria testemunha.”

8.6 Causa de pedir

Conforme já esboçado em capítulo anterior que versou sobre os requisitos do requerimento da produção antecipada de provas, a causa de pedir da ação aqui em estudo parece estar relacionada ao plano de direito material.¹¹⁶ Ainda que não vinculada mais ao requisito da urgência, é necessário que o requerente da medida explicita o “por quê” da pertinência da antecipação da prova, ou, em termos práticos, o que pretende com a pré-constituição da prova.

Assim, a causa de pedir parece mesmo se afinar com as próprias hipóteses de cabimento elencadas nos incisos do art. 381 do novo Código de Processo Civil que, ainda que indiretamente, exigem que o requerente da medida explicita a situação de direito material que gere a pertinência da medida e algum resultado prático – ainda que por mera estimativa – que se pretenda dela extrair.

8.7 Pedido e cumulação de pedidos

Conforme Cândido Rangel Dinamarco (2005, p.361-364), “o pedido é a manifestação da vontade de obter do Estado-juiz um provimento jurisdicional de determinada natureza, sobre determinado bem da vida”. Desse modo, segundo uníssona lição doutrinária, o pedido representa, a um só tempo, o *pedido mediato*, representado o bem da vida pretendido pelo autor, e o *pedido imediato*, que visa a um provimento jurisdicional solicitado pelo requerente.

Na ação probatória autônoma, o pedido imediato consiste, como ensina Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 388) “na atividade estatal tendente à busca, descoberta e registro de fatos. [Portanto], consiste na prática dos atos e na edição de decisões necessárias à produção da prova de forma antecipada”.

Por sua vez, o pedido mediato ou o bem da vida a ser perseguido seria o “esclarecimento, a documentação, [...] a certeza e a segurança acerca de determinados fatos. Ademais, esse modo de ver as coisas ajusta-se à perspectiva [...] de que a antecipação da prova sem vinculação à urgência justifica-se justamente para que as partes não ingressem em juízo ‘no escuro’ e que, com o auxílio da intervenção estatal, tenham elementos objetivos a partir dos quais possam avaliar suas chances.”

¹¹⁶ A causa de pedir, assim, não “prescinde – sem embargo da autonomia do direito à prova, mas dado seu caráter instrumental – da narrativa de fatos ligados ao plano material que permita identificar o interesse e a legitimidade para o pleito. É preciso, portanto, que o autor diga, com objetividade e razoável clareza, que fatos pretende investigar e, afinal, qual é o objeto da prova que pretende pré-constituir ou antecipar”. (YARSHELL, 2009, p. 389).

Por fim, resta consignar nesse momento que a ação probatória autônoma tem o seu pedido limitado, única e exclusivamente, a produção provas. Isso não significa, contudo, que não possam ser investigados, na mesma ação, diferentes fatos e, ainda, com a utilização de mais de um meio de prova. Não por outro motivo, o art. 379 do CPC/15 prescreve que o requerente da medida pode indicar – no plural – *fatos* sobre o qual a prova deve recair.

Não se olvida, entretanto, que a cumulação acima referida só será admitida se respeitados os requisitos de admissibilidade do art. 325, §1º do novel Código (correspondente ao art. 292, §1º do Código Buzaid), ou seja, que (I) os pedidos sejam compatíveis entre si, (II) seja competente para conhecer deles o mesmo juízo e (III) seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento.

Nessa linha, temos que se o requerente incluir nos seus pedidos qualquer outra providência distinta, exigindo do Estado-juiz outra atividade que não a busca, descoberta e registro de fatos, está desnaturada a ação aqui em estudo.

Quando cumulada com outro pedido distinto, duas situações podem ocorrer. Em primeiro lugar, a prova a ser produzida pode ter como objetivo meramente subsidiar o outro pedido com ela cumulado, quando, então, a ação terá como objeto apenas esse último. Ou, em segundo lugar, a prova e o outro pedido que se pretenda cumular não guardam qualquer relação, quando então há mesmo de se questionar se esse expediente é lícito e desejável.

Como se não bastasse, é inegável que *iter* procedimental da ação probatória autônoma não é compatível com qualquer outro pedido, especialmente porque é vedado ao juiz se manifestar sobre a ocorrência ou inoocorrência dos fatos sobre os quais recaírem as provas e sobre as respectivas consequências jurídicas (art. 382, §1º) e, também, porque não se admitirá defesa ou recurso (art. 382, §4º).

Como se percebe, através do rito procedimental da produção antecipada de provas, a cumulação de pedidos de tutela jurisdicional de qualquer espécie (declaratório, condenatório, constitutivo, executivo ou mandamental) encontraria insuperáveis óbices de ordem Constitucional, legal e lógica.

8.8 Valor da causa

A toda causa será atribuído um valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico direto, sendo que, nesse último caso, o autor deverá fazê-lo por mera estimativa da vantagem econômica que sua iniciativa perante o Judiciário possa gerar (BUENO, 2011, p. 134). É o que prescreve o art. 291 do CPC/15, repetindo, *ipse literis*, o art. 258 do CPC/73.

O valor da causa é importante para que sirva como parâmetro para as taxas judiciárias¹¹⁷, visto que, nos termos da Súmula 677 do Supremo Tribunal Federal “viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa” (Súmula 667).

No que toca a produção antecipada de provas, apenas urge destacar que o valor da causa será livremente atribuído pelo autor uma vez que não encontra imposição legal do art. 292 do CPC/15¹¹⁸ que, com pequenas, mas relevantes modificações, substitui os atuais arts. 259 e 260 do CPC/73.

Assim, não deve, como regra, ser atribuído à causa o valor da demanda cognitiva projetada, pois, em primeiro lugar isso equivaleria a negar a autonomia da ação probatória, o que, como visto, não é possível e nem desejável no atual desenvolvimento do direito processual brasileiro. Em segundo lugar, tal eleição padece de lógica: a ação cognitiva projetada não passa de uma mera expectativa, de modo que pode nem mesmo vir a existir, sendo esse, aliás, um dos fundamentos de existência da ação probatória autônoma. Por fim, em terceiro lugar, não é a ação cognitiva que está sendo levada ao judiciário padecendo de ilicitude o expediente aqui guerreado, conforme visto nos parágrafos anteriores¹¹⁹.

De todo modo, nada impede que, no caso concreto, coincidam os valores da projetada ação cognitiva e da ação probatória autônoma, se por ventura o valor daquela for equivalente à estimativa da vantagem econômica que a parte pretende auferir com essa última.

¹¹⁷ A título de exemplo ver a Lei do Estado de São Paulo nº 11.608 de 29 de dezembro de 2003 (que sofreu alterações da Lei nº 14.838, de 23 de julho de 2012) que “Dispõe sobre a Taxa Judiciária incidente sobre os serviços públicos de natureza forense”, especificamente o art. 4º.

¹¹⁸ Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será: I – na ação de cobrança de dívida, a soma monetariamente corrigida do principal, dos juros de mora vencidos e de outras penalidades, se houver, até a data de propositura da ação; II – na ação que tiver por objeto a existência, a validade, o cumprimento, a modificação, a resolução, a rescisão ou a rescisão de ato jurídico, o valor do ato ou o de sua parte controvertida; III – na ação de alimentos, a soma de 12 (doze) prestações mensais pedidas pelo autor; IV – na ação de divisão, de demarcação e de reivindicação, o valor de avaliação da área ou do bem objeto do pedido; V – na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido; VI – na ação em que há cumulação de pedidos, a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles; VII – na ação em que os pedidos são alternativos, o de maior valor; VIII – na ação em que houver pedido subsidiário, o valor do pedido principal. § 1º Quando se pedirem prestações vencidas e vincendas, considerar-se-á o valor de umas e outras. § 2º O valor das prestações vincendas será igual a uma prestação anual, se a obrigação for por tempo indeterminado ou por tempo superior a 1 (um) ano, e, se por tempo inferior, será igual à soma das prestações. § 3º O juiz corrigirá, de ofício e por arbitramento, o valor da causa quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, caso em que se procederá ao recolhimento das custas correspondentes.

¹¹⁹ Pertinente ao tema aqui tratado são os comentários de Carlos Alberto Carmona (2009, p.166) que, a despeito de versarem sobre a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), especialmente sobre o seu art. 7º, podem ser perfeitamente amoldados a discussão aqui proposta. Vejamos: “[...] observo que a causa terá valor inestimável, razão pela qual a verba honorária, quando devida, será fixada nos termos do art. 20, §4º do Código de Processo Civil. E assim entendo porque não será lícito atribuir à causa o valor do contrato em que e insere a cláusula compromissória, muito menos o valor do bem que será objeto do futuro processo arbitral, já que nada disto será trazido à consideração do Poder Judiciário da demanda sob análise. O objeto do processo será tão somente a constituição do tribunal arbitral, nada mais.”

Entretanto, mesmo nos casos em que a produção antecipada de provas seja requerida com o intuito de justificar o ajuizamento de outra ação, ou seja, para melhor desenhar a controvérsia formada no âmbito do direito material, não há como impor a coincidência de valores da causa. Se nem mesmo sabem-se ao certo os limites da lide, é juridicamente impossível exigir a comentada identidade.

Nesse passo andou bem o legislador ao deixar que o valor da causa da ação probatória autônoma seja arbitrado, pelo autor, por mera expectativa da vantagem econômica que possa auferir.

Ainda versando sobre o valor da causa, urge destacar que passou a ser expressamente previsto no novo Código que o juiz poderá de ofício e por arbitramento corrigir o valor da causa atribuído pelo autor, o que, inclusive já era amplamente aceito pela doutrina e jurisprudência¹²⁰. Prescreve, nesse sentido, o art. 292, §3º: “O juiz corrigirá, de ofício e por arbitramento, o valor da causa quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, caso em que se procederá ao recolhimento das custas correspondentes”.

Surge também, de ordinário, a direito do réu impugnar o valor da causa fixado pelo autor, o que, na sistemática do novo Código de Processo Civil não mais será feito em autos a serem apensados aos da ação na qual se questiona o valor atribuído à causa, sistemática, essa, que era adotada pelo art. 261 do Código Buzaid. Nesse ínterim prescreve o art. 293 do novel Código: “O réu poderá impugnar, em preliminar da contestação, o valor atribuído à causa pelo autor, sob pena de preclusão; o juiz decidirá a respeito, impondo, se for o caso, a complementação das custas”.

No que toca a ação aqui em estudos, duas problemáticas podem surgir.

¹²⁰ A doutrina já havia pacificado, sobre a égide do CPC/73, que “eventuais divergências ou erros na indicação do valor da causa não podem resultar em óbice ao recebimento da inicial. A correção do vício deverá render ensejo à determinação de emenda da inicial (art. 284) porque é irrecusável a atuação oficiosa do juiz quanto ao exame do acerto do valor dado à causa pelo autor. Não só nos casos em que o critério é imposto pela lei [...] mas toda vez em que houver condições de constatar a incompatibilidade entre o valor do bem a ser tutelado e o valor dado à causa” (BUENO, 2011, p.135). A jurisprudência é, também, unânime em reconhecer a atuação oficiosa do magistrado nesses casos. Por todos ver STJ - AgRg no REsp 1339888 / RJ, Relator(a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA, Data do Julgamento 19/09/2013, Data da Publicação/Fonte DJe 27/09/2013, RDDP vol. 130 p. 166, assim ementado: PROCESSUAL CIVIL. VALOR DA CAUSA. CONTROLE DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO. POSSIBILIDADE. PROVEITO ECONÔMICO PRETENDIDO. VALOR CERTO E DETERMINADO. VERIFICAÇÃO. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que ao magistrado é possível determinar, de ofício, a correção do valor atribuído à causa, adequando-o ao proveito econômico pretendido. 2. No presente caso, o Tribunal a quo consignou que a demanda principal tem conteúdo econômico certo e determinado, não podendo a parte atribuir à causa valor simbólico, com evidente finalidade de reduzir as custas da ação. É inviável em recurso especial reexaminar as circunstâncias fáticas que levaram o Tribunal a quo a reconhecer a hipótese de excepcionalidade necessária para a alteração de ofício do valor da causa. Aplicação da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental não provido.

Em primeiro lugar, não há, propriamente, contestação no procedimento da produção antecipada, pois, a teor do art. 382, §4º não é admitida a apresentação de defesa. Entretanto, esse fato não pode ser usado para afastar o direito de apresentar a impugnação ao valor da causa pelos interessados, pois, como se não bastasse o fato de ser questão de ordem pública, é inegável que o valor atribuído à causa pode influir no valor das despesas processuais e, portanto, pode refletir em maior onerosidade àqueles chamados a participarem a produção probatória.

Assim, a melhor interpretação e que compatibiliza ambos os artigos, é aquela que permite que qualquer interessado apresente a impugnação ao valor atribuído a causa por simples petição na primeira oportunidade em que tiverem de falar nos autos e no mesmo prazo em que poderia requerer a produção de outra prova no mesmo procedimento (art. 382, §3º).

Por fim, pode surgir a questão sobre o momento processual adequado para que o juiz decida sobre a impugnação. Conforme ensinam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2010, p. 97) afirmam, com razão, que “nada obsta que o juiz decida o assunto antes da sentença. O ideal, aliás, é que decida a respeito no saneamento da causa.”

Não se olvida que o juiz deve apreciar a impugnação preferencialmente antes de proferir a sentença, mas o sumário procedimento da ação de produção antecipada de provas não abre muitas janelas na qual essa decisão possa ser proferida. O ideal, assim, seria que a questão fosse dirimida antes da efetiva produção de qualquer prova ou, ainda, juntamente com a apreciação da pertinência das provas requeridas pelos interessados nos termos do art. 382, §3º.

8.9 Superveniência do processo declaratório

Pode ocorrer no desenrolar da ação probatória autônoma, que a situação de direito material existente entre as partes e que, de certo modo embasou o interesse na produção antecipada de provas, seja levada à apreciação do Estado Juiz. Contudo, esse fenômeno processual em nada deve influenciar o regular andamento da ação de produção antecipada de provas, pois caso contrário, negar-se-ia a autonomia da ação aqui em estudo, o que, como já visto não é desejável e possível ante ao desenvolvimento do direito processual pátrio.

Essa conclusão deve permanecer, também, por questões de ordem prática e de economia processual. A prova que teve a sua produção antecipada deferida é, em menor ou maior medida, relevante – quiçá imprescindível – para que o magistrado que preside o processo de conhecimento deflagrado precocemente decida as questões ali postas a sua

apreciação. Tanto isso é verdade, que aquela prova apresenta o potencial de influenciar as partes de modo que elas podem preferir utilizar-se de um meio autocompositivo ao invés do meio adjudicatório de solução de conflitos, ou, ainda, que poderia ter justificado ou evitado aquela ação ali posta. Por outras palavras, a prova a ser produzida antecipadamente é aquela que muito provavelmente seria produzida no bojo do processo declaratório, sendo, essa, aliás, a razão de ser desse instituto processual.

Assim, não há porque a superveniência do processo declaratório interferir, em todo e qualquer caso, na ação de produção antecipada de provas em curso, pois se a prova que seria produzida na ação probatória autônoma, muito provavelmente seria requerida e produzida no bojo da ação declaratória, não se mostra razoável extinguir aquela ação e, depois, diligenciar, agora nessa última ação, no sentido de produzir a prova que teve a sua produção interrompida.

No mais, ainda que assim não se entenda, não há qualquer prejuízo – muito pelo contrário, é até mesmo desejável – que os fatos nos quais estejam envolvidas as partes sejam transportados para o plano do processo da maneira mais completa possível, tudo a permitir que a decisão que se proferirá seja a mais aderente possível à realidade. Ainda que o juiz da ação de conhecimento não repute a prova requerida naquele outro processo como imprescindível à resolução da lide, não há porque privá-lo de tomar contato com ela ou, por outro prisma, de impedir que as partes, no exercício do direito de ação ou de defesa, tragam-na para o processo de conhecimento, em verdadeiro exercício do direito constitucional de provar.

Nesse ínterim, não há como fugir à conclusão que a mera superveniência da ação cognitiva que verse sobre o conflito que embasou não repercute na ação de produção antecipada de provas. Aliás, nem mesmo a superveniência de sentença no processo declaratório paralelo tem, em todo e qualquer caso, o condão de influir na ação de produção antecipada de provas.

É certo que o expedido rito da ação de produção antecipada de provas em razão da limitação da cognição a ser exercida, levará com que ela seja encerrada – ao menos na maioria absoluta dos casos – primeiro que a ação de conhecimento que verse sobre o conflito ao qual se reportaria a prova que se quer antecipar. De todo modo, essa rara hipótese pode se configurar, e é necessário que uma resposta adequada seja dada à situação, além de que pode servir como ponto de partida para interessantes conclusões sobre a extensão do direito à prova.

Pode-se afirmar, em uma primeira abordagem, que superveniência de decisão de mérito a respeito de determinada questão resolveria a situação de direito material de fundo e, conseqüentemente, fulminaria o interesse em revolver os respectivos fatos. Não obstante, essa não nos parece a melhor solução.

A questão aqui aventada pode ser vista sobre a ótica dos chamados *fatos novos*, que devem ser observados pelos magistrados ao prolatarem as suas decisões, nos termos do art. 493 do novo Código de Processo Civil (correspondente ao art. 462 do Código de 1973) e que tem, conforme uníssona doutrina e jurisprudência, ampla aplicação na fase recursal.

Ainda que com alguma divergência¹²¹, a doutrina pátria em admitido que os “fatos novos” que podem ser alegados no decorrer do processo de conhecimento são não só aqueles “realmente novos”, ou seja, que ocorreram após a propositura de demanda, mas também aqueles que, embora ocorridos antes da propositura, foram conhecidos apenas posteriormente. Nesse sentido, versando sobre a aplicação do art. 462 do CPC/73, Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (2013c, p. 386) apontam que um dos pressupostos para sua aplicação é que “o fato deverá ser superveniente (posterior à propositura da demanda) ou, se anterior, deverá ser de conhecimento superveniente (fato velho de conhecimento novo)”.

Parece que realmente essa é a melhor interpretação do dispositivo.

Afinal, e como bem notou Pontes de Miranda (1974, p. 101), “como há de proceder a parte se ignorava totalmente o fato antes ocorrido, e por isso a ele não se referiu na petição ou na contestação?”. Segundo o referido jurista deve ser admitido, desde já, que a qualquer momento se possa “comunicar ao juízo o que veio a conhecer, quer lhe seja favorável ou desfavorável a comunicação, sobre a qual se há de manifestar a outra parte” e “tudo isso passa a ser dado para a apreciação das provas e o julgamento da ação.”

De maneira similar, Araken de Assis (2001) defende que é possível a alegação de fato velho de conhecimento novo quando provada a força maior, ou por outras palavras, que o lapso não tenha se dado por desídia da parte.

Simplesmente negar, em todo e qualquer caso, a possibilidade de se alegar fatos velhos de conhecimento novo no decorrer do processo de conhecimento conduziria a

¹²¹ Divergindo desse posicionamento destacamos, a título de exemplo, os ensinamentos de Cássio Scarpinella Bueno (2011, p. 402): “Os fatos novos de que trata o art. 462 só podem ser entendidos como os que ocorrem *depois* do início do processo. Não se trata, aqui, dos fatos que, ocorridos anteriormente, não foram oportunamente arguidos pelo autor ou pelo réu ao longo do processo. O dispositivo, dessa forma, não *excepciona* e não *desconsidera* eventuais preclusões já consumadas em desfavor do autor ou do réu em virtude da não alegação (e produção da prova correspondente) de fato pretérito, preexistente. Para os fins do art. 462, mister que o fato tenha nascido *depois* do início do processo”.

situações indesejáveis, visto que haveria, no último, um verdadeiro incentivo, com chancela doutrinária e jurisprudencial, à nefasta prática de ocultação de provas. Se, embora diligente, não foi possível a parte conhecer plenamente os fatos antes da propositura da ação ou da defesa, não deve ser negada a ela a possibilidade de alegá-los ulteriormente, observado, sempre, o contraditório.

Paradoxalmente, embora haja alguma resistência na possibilidade de ser alegado fato velho de conhecimento novo no curso do processo cognitivo, a doutrina se mostra uníssona ao admitir que possa ser movida ação revisória com base em “prova nova” que era ignorada pela parte, independentemente dela se reportar a “fatos velhos” ou “fatos novos”.¹²² Se a prova capaz de provocar a rescisão da sentença pode, em tese, ser aquela simplesmente ignorada pela parte no curso do processo de conhecimento, não há motivos para negar a possibilidade de ser alegado o fato velho de conhecimento novo no curso do processo de conhecimento.

Ante a esse panorama, ainda que a ação de produção antecipada de provas verse sobre “fato velho” que, portanto, ainda não foi completamente esclarecido ao requerente da medida, não há como impedir que a prova ali produzida seja transportada e apreciada no processo de conhecimento, ainda que em grau de recurso.

Não há como dizer que aquele que move a produção antecipada de provas não foi diligente na busca por esclarecer os fatos nos quais estava envolto. Ademais, concluir que em razão da superveniência de ação de conhecimento, aqueles fatos ali investigados se tornaram “fatos velhos” e, assim, não poderiam, em razões de óbices formais, serem levados a apreciação do magistrado que preside o processo cognitivo, conduziria a aniquilação da ação aqui em estudo. Isso porque se um dos interessados na produção antecipada de prova, intuindo a documentação de fatos a ele desfavoráveis, poderia antecipar-se, interpondo a ação de conhecimento precocemente, o que – em uma visão estritamente formalista – “transformaria” os fatos investigados naquela ação em “velhos” e assim, imprestáveis para serem utilizados agora nessa última ação, e isso, definitivamente, não se quer.

¹²² Nesse sentido, confira novamente as lições de Cássio Scarpinella Bueno (2013a, p. 334): “Por ‘documento’ deve ser entendido todo o substrato material, físico ou virtual, que tenha força probante. É correto entender que a palavra amplamente como verdadeiro sinônimo de *prova*. O ‘documento novo’ que justifica a rescisória com base no inciso VII do art. 485 [do CPC/73] é o obtido ‘depois da sentença’ que se pretende rescindir, que era ignorado ao tempo do curso do processo em que ela foi proferida ou, ainda, que não pôde ser usado oportunamente por qualquer motivo”

8.10 Sentença

A sentença da ação de produção antecipada “não reconhecerá direito material algum, nem conterà qualquer juízo de valor acerca dos fatos apurados. [Ela] se limita a atestar que a produção da prova se deu de maneira regular e legítima, ou seja, mediante contraditório e sob a supervisão do juiz” (WAMBIER *et al*, 2015, p. 663).

É interessante notar que esse sempre foi o tipo de sentença dos processos que antecipavam a prova sob a égide do Código Buzaid, em especial, na cautelar de produção antecipada de provas¹²³, na justificação¹²⁴, a exibição de documentos¹²⁵ e no arrolamento de bens¹²⁶. Invariavelmente, em todas essas vias de produção antecipada de provas, não cabia ao magistrado que presidia o processo se manifestar sobre as provas que surgiam diante dos seus olhos e nem mesmo sobre as suas consequências jurídicas.

Essa sistemática foi mantida, consolidada e explicitada no novo Código em seu art. 382, §2º, segundo o qual “o juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoccorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas”, restando-lhe, portanto, apenas presidir a colheita da prova, e, ao afinal, atestar a higidez da atividade ali desenvolvida, julgando o feito por sentença.

¹²³ Ensinam José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas Araújo e Fernando da Fonseca Gajardoni (2013, p. 180): “A sentença da cautelar de produção antecipada de provas simplesmente atesta a regularidade do procedimento, sem nenhuma consideração sobre o conteúdo da prova [...]. A sentença é meramente homologatória, de modo que não se exige do magistrado fundamentação outra que não seja apenas para reconhecer a observância dos requisitos legais na colheita da prova. [O CPC/15], a respeito, é expresso no sentido de que “o juiz não se pronunciará acerca da ocorrência ou da inoccorrência do fato, bem como sobre as respectivas consequências jurídicas”.

¹²⁴ Sobre a sentença nessa ação, já escreve José Frederico Marques (1999, p.536): “Encerrada a audiência, o juiz julgará a justificação por sentença, sem qualquer pronunciamento sobre a prova produzida. Verificará, apenas, a observância das formalidades legais”.

¹²⁵ É pacífico o entendimento segundo o qual na ação de exibição competia ao juiz decidir sobre a pertinência do pedido e, posteriormente, determinar e presidir as diligências para concretizar a exibição do documento ou coisa em si. Aqui, mais uma vez, não cabe o juiz fazer qualquer inferência quanto ao documento ou coisa exibido, limitando-se a zelar pelo andamento do feito até que esse objetivo seja concretizado. Nesse sentido, José Miguel Garcia Medina, Fábio Caldas Araújo e Fernando da Fonseca Gajardoni (2013, p. 175-176) inclusive negavam o caráter cautelar e essa medida, afirmando que ela visava tutelar “verdadeiro direito substancial à exibição” ou, para empregar a terminologia corrente nesse trabalho, visava tutelar o “direito à prova” do requerente.

¹²⁶ O caráter homologatório da sentença do arrolamento previsto no CPC/73 aparece apenas indiretamente na doutrina e muitas vezes obscurecido pelas necessárias medidas constritivas de bens previstas naquela espécie de cautelar. Contudo, sempre foi unísono o posicionamento segundo o qual, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2010, p. 291), “efetuado o arrolamento dos bens em discussão, exaurida está a finalidade da medida”, ou seja, arrolado o juiz simplesmente julgava por sentença o feito. Por outras palavras, ao juiz que presidia a ação de justificação cabia arrolar (propriamente) os bens e depois tomar as providências para depositá-los, de modo que não necessitava se pronunciar sobre o que “significam” os bens ou qual o destino lhes seria dado.

8.11 Custas, despesas e honorários de advogado

Tormentosa questão diz respeito às custas, às despesas e aos honorários de advogado na ação de produção antecipada de provas, em especial pelo inquietante silêncio do legislador sobre a questão.

A situação aqui é peculiar, pois, de um lado, é incontestável que a medida beneficia invariavelmente a todos os interessados, mas, de outro, as custas e despesas processuais daí decorrentes não podem ser simplesmente divididas entre aqueles que não tinham qualquer interesse e não provocaram a antecipação da prova. Ademais, não pode haver condenação em honorários advocatícios de sucumbência se não houver a instauração de uma lide.¹²⁷

Assim, de *lege ferenda*, a melhor orientação é aquela que se pauta na aplicação do princípio da causalidade (NEVES, 2009, p. 191), de modo que, partindo das lições de Teresa Arruda Alvim Wambier *et al* (2015, p. 663), temos as seguintes situações:

(a) Se não houver resistência e os demais interessados apenas comparecerem ao processo para participar da colheita da prova pleiteada pelo requerente originário, as custas e despesas processuais caberão exclusivamente a esse último¹²⁸, e cada parte arcará com os honorários de seu advogado;

(b) Se não houver resistência e for formulado pelos demais interessados pedido de produção antecipada de outro meio de prova ou de apuração de novos fatos relacionados

¹²⁷ Em clássica obra sobre honorários advocatícios, ensina Yussef Said Cahali (1997, p. 342-343): “Na verdade, a questão do cabimento ou não de honorários advocatícios em sede de medida cautelar de produção antecipada de provas (ou d vistoria *ad perpetuam*) deve ser equacionada segundo dois princípios fundamentais: 1.º) A medida cautelar de produção antecipada de prova é informada fundamentalmente pelo princípio do interesse, e que, no caso, como regra, pertine ao requerente; este, em função do que vier a ser apurado no processo cautelar, poderá dar-se por satisfeito, imprimindo à medida caráter satisfativo, deixando de promover à anunciada ação principal, se nisto não tiver interesse; não tendo ocorrido qualquer invasão na esfera jurídica do requerido, é sua a responsabilidade pelo encargos da ação cautelar, não sendo devidos honorários advocatícios recíprocos. 2.º) Por outro lado, a eventualidade de instauração de litígio no processo cautelar vincula-se à admissibilidade ou não [de] contestação na medida cautelar de produção antecipada de provas; a jurisprudência tem admitido a contestação nessa modalidade de ação, recorrendo para tanto, ao disposto o Livro I do CPC [de 1973], como fonte subsidiária de regulamentação do processo cautelar; com a afirmação, porém, de que tal contestação não pode aventar matéria de mérito, mas sim matéria que diga com a viabilidade do pedido, como a desnecessidade da medida, a carência por ilegitimidade, a incompetência ou suspeição do juiz, a título de preliminares que devem merecer o devido exame por parte do julgador; embora existam julgados em sentido contrário, afirmando *in genere* a inadmissibilidade de contestação.”

¹²⁸ Aqui, interessante paralelo, com o intuito de extremar os institutos, pode ser traçado com a gestão de negócios. O requerente da produção antecipada de provas *age em interesse próprio*, e apenas reflexamente beneficia os demais interessados, de modo que não pode ser considerado gestor de negócios e, assim, não deve ser ressarcido. Carlos Roberto Gonçalves (2012, p. 608), versando sobre os pressupostos para a configuração da gestão de negócios, esclarece que é necessária “a intervenção motivada por *necessidade ou por utilidade*, **com a intenção de trazer proveito para o dono**” (destaquei).

àqueles que o autor pretende apurar ou a outros, as despesas deverão ser rateadas, e cada parte arcará com os honorários de seu advogado¹²⁹;

(c) Se houver resistência, o vencido – aquele que pleiteou a antecipação da prova que veio a ser indeferida, ou aquele que não obteve êxito em obstar a antecipação da prova pleiteada por outrem – é quem arcará com as custas e despesas processuais da prova impugnada e pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência.

8.12 Destino dos autos (art. 383)

Concluída a ação de antecipação da prova, prescreve do art. 383 do Novo Código de Processo Civil que “os autos permanecerão em cartório durante 1 (um) mês para extração de cópias e certidões pelos interessados” e que, findo esse prazo, “serão entregues ao promovente da medida”.

Trata-se, à evidência, de providência dirigida àqueles processos materializados em autos físicos e que perderá a razão de ser com a difusão do processo digital, tendência atual do processo civil pátrio. Sem embargos, não há como negar aplicação da referida norma aos processos que, por qualquer motivo, estão consubstanciados em autos físicos.

Trata-se, ademais, de uma mudança em relação ao CPC/73 que previa no art. 851 que os autos permaneceriam em cartório, sendo lícito aos interessados apenas solicitar certidões. Humberto Teodoro Júnior (2006, p. 882-883) afirma, em comentário a essa sistemática do Código Buzaid, que se trata de um indicio de que a ação de produção antecipada de provas já colocava *sub judice* a lide e justificava a prevenção desse juízo para conhecer da ação cognitiva. Se correta essa lição, uma interpretação *a contrário senso* fornece ainda mais substrato para as conclusões acima no sentido de que a ação de produção antecipada de provas do CPC/15 *não* coloca *sub judice*.

¹²⁹ Essa situação parece mesmo se identificar com um procedimento de jurisdição voluntária, visto que todas as partes têm um interesse convergente na antecipação da prova, inexistindo qualquer lide nesse sentido. Aliás, as partes, nesse caso, poderiam mesmo ter se dirigido de comum acordo ao judiciário sendo, inclusive, assistidas pelo mesmo patrono, para requererem as diligências probatórias que entendem necessárias. Nesse sentido, nos valem novamente das lições de Yussef Said Cahali (1997, p. 866): “Na lição uniforme dos doutos, a regra da sucumbência supõe a decisão de uma lide entre os demandantes; onde não houver lide, não pode haver sucumbência. A falta de litigiosidade que caracteriza o procedimento de jurisdição voluntária faz com que nele não existam partes, nem processo, nem vencidos, nem vencedores; há interessados. Regula, pois, a matéria, o princípio do interesse, pelo qual as despesas, conquanto adiantadas pelo requerente, ‘serão rateadas entre os interessados’”.

9 A ANTECIPAÇÃO INCIDENTAL DA PROVA

9.1 Prevenção do juízo sobre o qual tramita a ação de conhecimento

Foi visto acima que o juiz que preside a ação de produção antecipada de provas não está prevento para conhecer da ação de conhecimento que verse sobre a situação de direito material de fundo. Nesse momento, contudo, propõe-se uma análise inversa do fenômeno, ou seja, se há ou não prevenção do juiz que preside a ação de conhecimento para conhecer também da produção antecipada de provas sem urgência.

Conforme já visto, tomou-se como pressuposto para efeitos desse trabalho que a antecipação incidental da prova é um mero “incidente processual” e não um “processo incidente”, de modo que o juiz competente para conhecer a ação de conhecimento já em curso é naturalmente também competente para conhecer do pedido de antecipação. Afinal, como a antecipação incidental da prova só é admitida com o intuito de fomentar uma solução autocompositiva dos conflitos (art. 382, II), parece adequado entender que o juiz que já está incumbido de sentenciar o feito e, assim, de se debruçar sobre as questões fáticas de fundo, também seja aquele perante o qual devem ser desenvolvidas as atividades de antecipação da prova, em claro prestígio aos princípios da economia e eficiência processual.

Contudo, não há qualquer óbice para que os interessados pleiteiem, por ação, a produção antecipada de provas sem urgência quando já em curso a ação de conhecimento que discute a situação de direito material que embasa ambas, quando, então, poderá ter como fundamento qualquer um dos incisos do art. 381 do CPC/15. Certo que essa situação dificilmente se configurará, pois é mais vantajoso requerer a antecipação da prova por simples petição incidentalmente, em especial pela inexigibilidade de novo recolhimento de custas iniciais e demais despesas processuais (v.g. despesas com citação) nesse caso.

Não obstante, caso essa última situação se configure, parece-nos que devem ser aplicadas, embora com algumas adaptações interpretativas oriundas de uma interpretação teleológica, as regras gerais de competência das ações probatórias (art. 381, §3º), conforme já trabalhadas em capítulo próprio acima.

Desse modo, caso a ação probatória seja proposta quando já em curso ação cognitiva que verse sobre a mesma matéria de fundo, a melhor conclusão é aquela que o juiz que preside essa última demanda não estaria prevento para conhecer daquela, especialmente

quando a produção da prova é requerida no foro conveniente (art. 381, §2º, primeira parte do CPC/15).

Com efeito, duas situações poderiam ocorrer nesse caso.

Em primeiro lugar, o juiz do processo de conhecimento poderia entender por pertinente a prova requerida na ação probatória, quando, então, não haveria porque criar qualquer óbice a sua existência e regular processamento. Isso porque não faz qualquer sentido obstar o andamento dessa última demanda para que, ulteriormente, seja expedida carta precatória requisitando a diligência outrora obstada.

Uma segunda situação – essa certamente mais tormentosa – ocorreria quando o magistrado que preside o processo cognitivo entende, por qualquer motivo, que a prova a ser antecipada é inútil ao deslinde da questão sobre a qual ele deve decidir. E mais: pode-se imaginar que foi interposta uma ação probatória requisitando a produção de uma prova que o juiz do processo cognitivo indeferiu.

Não obstante, ainda continuamos firme no entendimento de que também não deve haver qualquer óbice a existência da ação de produção antecipada de provas, que deve, se admitida, ser regularmente processada no juízo competente.

Se o juiz do processo cognitivo entender, através de seu livre convencimento motivado, que a prova a ser produzida antecipadamente não poderia conduzir as partes a uma solução autocompositiva do conflito, infirmar o conjunto probatório já formado, ou que, por qualquer outro motivo, não deve ser admitida, basta que ele simplesmente não se atenha a ação probatória e as provas que forem lá produzidas.

Mas, de outro lado, não poderá ser tolhido do requerente o seu direito à prova, que é, com o CPC/15, tutelado por ação autônoma e, portanto, sem qualquer relação de acessoriedade com o processo cognitivo que poderia surgir em razão dos mesmos fatos.

Afinal, se, conforme se verá a frente, é lícito que seja movida ação probatória até mesmo após a decisão transitada em julgado – com o escopo, p. ex., de ser justificado o ajuizamento de uma ação rescisória ou de uma outra demanda coletiva quando a primeira foi julgada com trânsito em julgado por insuficiência de provas (coisa julgada *sucundum eventum litis vel probationis*) – não há porque criar quaisquer obstáculos ao seu processamento concomitante e independente com a ação cognitiva. E mais: a prova produzida por ação autônoma pode relevar-se, ao cabo, imprescindível a resolução da lide posta no processo cognitivo e, eventualmente, demonstrar algum equívoco em sua não admissão pelo juiz que presidia essa última.

Contudo, a mesma ressalva feita no capítulo que versou sobre a competência das ações probatórias autônomas deve aqui vigorar: se houver coincidência entre o foro que tramita a ação de conhecimento e o foro competente para conhecer a ação probatória, ou, por outras palavras, que sejam ambas as ações da competência da mesma comarca ou subseção judiciária, parece ser recomendável a união dos feitos sob o mesmo juízo. Esse expediente, permitiria uma maior celeridade e economicidade, visto que o juiz que já vinha se debruçando sobre os fatos no processo cognitivo, certamente terá maiores condições para avaliar a pertinência da admissão da ação probatória.

9.2 Requerimento das partes

Conforme já visto em capítulo próprio, é possível que as partes provoquem produção antecipada de prova incidentalmente ao processo de conhecimento no qual estão imersas. Para tanto, foi visto que o novo Código não estabelece qualquer formalidade especial, podendo o pedido ser formulado nos próprios autos por simples petição, que comprove que a medida requerida atende ao escopo elencado no inciso II do art. 381 do CPC/15.

9.3 Atuação oficiosa

A antecipação incidental sem urgência das diligências probatórias se funda, não custa relembrar, exclusivamente no inciso II do art. 381 do novo Código de Processo Civil e, portanto, com vistas a “viabilizar a autocomposição ou utilização de outros meios adequados de solução de conflitos”. Tendo em mente essa finalidade da antecipação incidental sem urgência da prova, a questão que aqui se coloca é a seguinte: pode o magistrado que preside a ação de conhecimento, visando fomentar a autocomposição entre as partes, determinar a antecipação antecipada de provas?

Entendemos que a resposta é afirmativa.

Conforme já destacado acima, o novo Código de Processo Civil visou estimular ao máximo às soluções consensuais de conflitos, conforme se depreende das “normas fundamentais” inculpidas no art. 3º, §§2º e 3º daquele diploma. Esses mandamentos se refletem em diversos institutos do novo Código, contudo, mantendo-se fiel tema desse tópico, pretendemos destacar nesse momento o papel do juiz na busca de incentivo a soluções autocompositivas.

Para esse ator processual há uma disposição específica no art. 139, V do CPC/15 (correspondente ao art. 125, IV do CPC/73) no sentido de que incumbe a ele “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”.

Sabendo que a antecipação da prova tem – também – o papel de permitir que as partes avaliem as suas chances de êxito na demanda judicial que ali se desenrola e que, por isso, certamente viabiliza a solução autocompositiva dos conflitos, parece que deve ser lícito ao juiz determinar que ocorra aquela antecipação, tudo com vistas a promover um ambiente no qual as próprias partes possam, elas próprias, pôr fim ao litígio ali posto.

A “promoção” da autocomposição certamente não se esgota na mera realização de audiências nas quais as partes possam chegar a um acordo, ainda que com o inestimável auxílio de mediadores e conciliadores. Como a produção antecipada de provas sem urgência pode fomentar ainda mais a busca de soluções de conflitos por meio autocompositivos, não há por que não a utilizar isoladamente ou em conjunto com as demais técnicas que conduzem ao mesmo fim. Os §§2º e 3º do art. 3º do novo Código, aliás, prescrevem que o Estado deve promover a autocomposição “sempre que possível”, e que ela deve ser estimulada “inclusive no curso do processo judicial”, de modo que, se é possível fomentar a solução consensual de conflitos com a produção antecipada de provas, parece ser inescapável a conclusão de que essa se dê de ofício de magistrado.

Assim, não há nada que impeça, por exemplo, que antes ou até em audiências de conciliação ou mediação – aí incluída até mesmo a audiência do art. 334 do novo Código – o magistrado determine de ofício a produção antecipada de provas, ou mesmo que o faça a qualquer momento antes da fase instrutória do processo, tudo com vistas a viabilizar a solução consensual do litígio.

9.4 Antecipação incidental da prova como flexibilização procedimental

Admitir que é possível, a requerimento das partes ou de ofício, antecipar total ou parcialmente a fase probatória do processo de conhecimento, visando promover a solução autocompositiva do conflito, equivale, ao nosso ver, a autorizar uma flexibilização procedimental. É dada as partes e ao juiz o poder de escolha do melhor *iter* procedimental para a solução daquele caso em concreto, em especial, com a antecipação, total ou parcial, da fase instrutória do processo visando uma solução pacífica do conflito.

Com efeito, em clássica obra sobre o tema, ensina Fernando da Fonseca Gajardoni (2007), que há quatro diferentes regimes de flexibilização procedimental:

(a) *Flexibilização procedimental legal genérica*. O legislador, não se julgando totalmente capacitado em promover a prévia antevisão das nuances práticas e conseqüente adaptação dos procedimentos ao caso concreto, a deixou ao exclusivo critério do órgão julgador. Nesse caso, será mesmo o juiz, com a colaboração das partes, que elegerá a melhor combinação de atos processuais. (p. 160)

(b) *Flexibilização procedimental legal alternativa*. O sistema coloca à disposição do juiz várias opções procedimentais, competindo a ele eleger, também com a participação das partes, a que melhor se adapte ao caso concreto, só que agora com uma restrição bem maior no seu campo de atividade, eis que o legislador já lhes pré-fixou as variantes possíveis. (p. 179)

(c) *Flexibilidade procedimental judicial*. Sistema segundo o qual, ainda que não haja previsão legal alguma a respeito, competirá ao juiz, com base nas variantes do caso concreto (objetivas e subjetivas), modelar o procedimento para a obtenção de adequada tutela, elegendo quais os atos processuais que se praticarão na série, bem como sua forma e o modo. (p. 158)

(d) *Flexibilidade procedimental voluntária*. Modelo no qual competirá as partes eleger alguns procedimentos ou alguns atos processuais da série, ainda que também em caráter excepcional e com condicionamentos. (p. 158)

Nesse ínterim, e salvo melhor juízo, a produção antecipada incidental de provas, conforme disciplinada no Código de Processo Civil de 2015, parece introduzir um modelo de flexibilização legal alternativa. Isso porque aqui o juiz não detém, ao menos no âmbito legal, de ampla margem de atuação, pois as variantes rituais já são estabelecidas abstratamente pelo legislador, competindo ao magistrado, após ouvir as partes, optar por aquele que melhor convém à tutela subjetiva e objetivo do processo. Assim, é dada ao juiz a alternativa de, visando uma solução autocompositiva do conflito, antecipar total ou parcialmente diligências que seriam realizadas apenas na fase probatória do processo de conhecimento, ou de seguir o procedimento desenhado pelo legislador, deixando a produção das provas apenas para o momento já previsto por esse último.¹³⁰

¹³⁰ Exemplificando as hipóteses de flexibilização legal alternativa no CPC/73, cita Fernando da Fonseca Gajardoni (2007, p. 183) a facultatividade da audiência preliminar conforme prevista no art. 331, §3º, introduzido pela Lei nº 10.444/2002: “Eliminou-se, com isso, o caráter obrigatório da audiência preliminar, ficando a critério do juiz a designação da audiência, que se realizará somente nas hipóteses em que o direito em litígio for disponível e, o sendo, quando for vislumbrada a possibilidade de sucesso na autocomposição.” Como se vê, trata-se de situação muito similar àquela aqui em estudo, confirmando a modalidade de flexibilização procedimental da produção antecipada de provas.

Não se quer aqui defender que a antecipação das diligências probatórias deve ocorrer em todo e qualquer caso. Contudo, identificando o magistrado, através do livre convencimento motivado, que esse expediente pode efetivamente promover a autocomposição entre as partes, de modo a elas fornecer uma melhor tutela jurisdicional, parece que lhe surge o *dever* de fazê-lo, até mesmo com fulcro nas normas fundamentais do processo civil pátrio insculpidas nos já comentados §§2º e 3º do art. 3º do novo Código.

Note, ainda, que a comentada antecipação da fase instrutória não necessariamente gera uma maior morosidade no processo. Partindo da premissa de que a prova a ser antecipada seria essencial ao desenrolar da lide – até mesmo porque pode influir no conflito de tal forma que as partes possam preferir pôr fim ao litígio de maneira amigável – ela certamente seria produzida posteriormente, mas na fase prevista pelo legislador. Assim, havendo apenas uma verdadeira antecipação de um ato processual que, muito provavelmente, se realizaria no futuro, o procedimento continuaria exatamente com o mesmo número de atos e assim levaria, a priori, o mesmo tempo para ser concluído. Isso é, claro, se o processo cognitivo for levado até o final com uma decisão judicial sobre a lide, e não for “interrompido” com um acordo entre as partes.

Por fim, urge destacar que o procedimento rígido é, inegavelmente, um instrumento a favor da segurança jurídica, e por isso, a sua flexibilização, no caso, com a antecipação da prova, deve obedecer a certos requisitos¹³¹. Assim, devem ser observados três requisitos indispensáveis a flexibilização procedimental: uma finalidade, ou seja, “um motivo para que se implemente, no caso concreto, uma variação ritual”; o contraditório, através da “participação das partes na decisão flexibilizadora”; e, por fim, na motivação, com a exposição das “razões pelas quais a variação será útil para o processo” (GAJARDONI, 2007, p. 103-104). Passemos a analisar brevemente cada um desses requisitos sobre a ótica da produção antecipada incidental sem urgência da prova.

A finalidade da medida aqui em estudo já foi estabelecida de antemão pelo legislador no inciso II do art. 381, ou seja, só será possível a antecipação incidental da prova visando “viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito”. Assim,

¹³¹ Como ensina ensinamento de Fernando da Fonseca Gajardoni (2007, p. 101), “para que as regras procedimentais tenham seu poder ordenador e organizador, coibindo o arbítrio judicial, para que promovam a igualdade das partes e emprestem maior eficiência ao processo, tudo com vistas a incentivar a justiça do provimento judicial, basta que sejam de conhecimento dos litigantes antes de sua implementação no curso do processo, sendo de pouca importância a fonte de onde provenham. Ou seja, sendo as variações rituais implementadas apenas após a participação das partes sobre elas em pleno contraditório, não se vê como a segurança jurídica seja abalada, já que o desenvolvimento do processo está sendo regrado e predeterminada judicialmente, o que o faz previsível.”

não será cabível – não ao menos mediante expressa autorização legislativa – antecipar incidentalmente a produção de prova com outra finalidade que não seja essa.

O contraditório também se mostra indispensável, pois, ainda que a solução consensual dos conflitos seja um objetivo que deve ser imperativamente buscado pelo Estado-Juiz (art. 3º, §§2º e 3º) e, portanto, uma norma de ordem pública, não se tolera que o juiz tome a decisão de flexibilizar o procedimento sem que se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar. Note, que o art. 10 do CPC/15 prescreve expressamente que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Por fim, é necessário que a decisão que altera o *iter* legal seja fundamentada, “condição essa que não diverge, por força de disposição constitucional (art. 93, IX, da CF), da sistemática adotada para toda e qualquer decisão judicial” (GAJARDONI, 2007, p. 110). A fundamentação remete a finalidade da antecipação da prova, de modo que o magistrado deverá explicitar o *porquê* a antecipação daquela prova tende a conduzir as partes a uma solução consensual dos conflitos.

9.5 Formação de novos autos

O novo Código não prevê a há necessidade de formação de autos apartados, não havendo qualquer impedimento legal de que a produção antecipada de provas seja realizada e documentada dentro dos mesmos autos em que requerida.

Sem prejuízo, não pode ser tolhida a possibilidade do juiz, no gozo de seu poder de direção do processo, determinar, de ofício ou a requerimento das partes, que os procedimentos probatórios antecipados se materializem em autos apartados, simplesmente para evitar tumulto processual, otimizando a prestação da tutela jurisdicional.¹³²

¹³² A autuação de incidentes em autos apartados para evitar tumulto documental e os nefastos efeitos daí decorrentes é procedimento comum nos processos de falência. Observe, nesse mister, as pertinentes lições de Manoel Justino Bezerra Filho (2013, p. 224) sobre o pedido de restituição (art. 87 da Lei 11.101/2005), e que podem ser aplicadas perfeitamente a situação aqui em estudo: “A autuação é feita em separado e o pedido de restituição corre como processo autônomo. Isso é necessário, pois, se tal pedido fosse processado dentre dos autos da falência, seria extremamente difícil seu andamento, tendo em vista as inúmeras providências que teriam que ser tomadas ao mesmo tempo. Aliás, o juiz da falência, de forma geral, determina muitas vezes a autuação em apartado de diversos incidentes, mesmo que não haja específica previsão legal para isso. Esse poder de direção do juiz é exercido mandando autuar em apartado, exatamente porque, se tais incidentes estivessem nos autos da própria falência, terão seu andamento extremamente dificultado, dificultando igualmente o andamento da própria falência.”

10 COMPORTAMENTO DOS INTERESSADOS

10.1 Vedação à apresentação de defesa (art. 382, §4º primeira parte)

Prescreve a primeira parte do §4º do art. 382 do novo Código de Processo Civil que no rito da antecipação da prova não se admitirá defesa. Trata-se de dispositivo correspondente ao art. 865 do Código de Processo Civil de 1973, esse tratando, todavia, da antiga ação de justificação. Não obstante, as construções que se fizeram ao derredor desse dispositivo podem auxiliar na compreensão do novo Código.

Vejamos.

De um lado, há autores como, por exemplo, Pontes de Miranda (1976, p. 308)¹³³, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2010, p. 297)¹³⁴, que advogam pela interpretação literal do dispositivo, entendendo, portanto, que é vedado qualquer comportamento defensivo, sendo permitido apenas e tão somente a intervenção na produção da prova requerida pelo proponente originário.

De outro lado, há autores como Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 426-427) que advogam que a participação dos interessados deve ser a mais ampla possível, pois se assim não for, a prova seria um elemento ineficaz em relação a estes, diminuindo ou mesmo aniquilando a utilidade da prova, o que “torna, quando menos, questionável a presença de legítimo interesse de agir, inclusive sob a ótica do Estado, que emprega esforços para a pré-constituição da prova.”

Em uma posição, por assim dizer, intermediária, Daniel Amorim Assumpção Neves (2006, p. 268-269) entende que a retirada absoluta do contraditório significaria um afastamento injustificado à garantia constitucional, de modo que não se deve admitir a citação dos interessados no processo somente para participar da produção de provas sem qualquer oportunidade de manifestar-se sobre questões a envolverem o direito à prova do autor e a

¹³³ Nesse sentido, chega a dar o seguinte exemplo: “Mesmo se ele [proponente] diz que tem por fito documentar (e. g., inquirição de testemunhas para que responda se o proponente de ação cautelar é possuidor do terreno a tantos anos), nenhum terceiro pode defender-se, ou recorrer (art. 865). O que o terceiro pode fazer é propor ação cautelar de justificação, em que outras testemunhas afirmem a posse pelo terceiro (há mesmo a hipótese de serem as mesmas, o que é difícil), ou, até, em vez da ação cautelar de produção antecipada da prova.”

¹³⁴ Sustentam os referidos autores: “Proibida a defesa [o] interessado, sua participação consistirá, basicamente, em ‘contraditar as testemunhas, reinquiri-las e manifestar-se sobre os documentos, dos quais terá vista em cartório por vinte e quatro horas’ (art. 864) Por outras palavras, a participação dos interessados estará limitada à interferência na colheita das provas da justificação, sem que possam eles produzir contraprova – mesmo porque o fato probando não será propriamente julgado – ou trazer alegações a respeito dos fatos (ou relações jurídicas) cuja prova se pretende constituir por via desse procedimento.”

regularidade formal do exercício desse direito. Assim, em que pese não haver uma ampla possibilidade de defesa, como se daria, p.ex., com a possibilidade da apresentação de contestação, poderia o réu defender-se (a) “para alegar inutilidade da prova, sua ilicitude ou ainda ser indevida a invasão em sua esfera jurídica pretendida pelo autor, questão intimamente ligada a utilidade da prova a ser produzida”¹³⁵; e (b) levantar “as matérias de ordem pública, que geram nulidades processuais [que] justamente por serem matérias conhecíveis de ofício pelo juiz, serão também alegáveis pelo réu a qualquer momento do processo”.

Nessa linha intermediária, também lecionam Teresa Arruda Alvim Wambier *et al* (2015, p. 382) segundo a qual o dispositivo tem como escopo apenas “limitar o âmbito da defesa, proibindo que se pretenda instaurar controvérsias sobre os fatos em si”. Desse modo, não seria lícito privar o réu de “alegar questões de ordem pública”, “do direito de contraditar a testemunha ou apontar o desrespeito a direitos fundamentais”¹³⁶.

Por fim, também adepto dessa última corrente, Cássio Scarpinella Bueno (2013b, p. 248) afirma que a proibição do exercício da defesa “deve ser entendida no sentido de que o legislador, ao prevê-la, limitou-se a impor um *corte* na cognição jurisdicional impedindo, com isto, a antecipação de qualquer discussão que, oportunamente, será apresentada no âmbito administrativo ou jurisdicional.”

Pois bem.

Conforme se verá em capítulo ulterior, o novo Código passou a admitir expressamente a possibilidade dos interessados produzirem provas – e, porque não, “contraprovas” (art. 382, §3º) – no mesmo procedimento, de modo que para aqueles que entendem que se esse procedimento se consubstancia em uma espécie de “defesa”, fica superada a questão.

De todo modo, é certo que essa prerrogativa dos interessados não significa que possam ser instauradas discussões sobre os fatos em si, mostrando-se extremamente pertinente os ensinamentos esposados acima. O procedimento aqui em estudo visa

¹³⁵ “Ainda que o direito à prova seja bastante amplo e genérico, não se deve admitir que o funcionamento do Poder Judiciário redunde em algo absolutamente inútil e incapaz de gerar qualquer efeito prático ao autor. A questão da utilidade da prova, ainda que seja facilmente provada pelo autor em razão da amplitude de seu direito de prova poderá ser contestada validamente pelo réu. (NEVES, 2006, p. 268-269)

¹³⁶ Como exemplo de questões de ordem pública alegáveis na espécie cita a jurista a “ilegitimidade de partes, falta de interesse de agir decorrente, por exemplo, da inadequação do meio de prova pretendido pelo autor para a demonstração do fato ou existência de ação anterior com idêntico objeto, em que a prova já tenha sido produzida”; já como exemplo de violação de direito fundamental, exemplifica o caso em que “fosse deferida perícia que violasse o sigilo fiscal e comercial da empresa, expondo informações particulares desta e de seus sócios.”

exclusivamente à produção de provas, sendo, nesse sentido, até mesmo inócuo qualquer discussão sobre a ocorrência ou inoocorrência dos fatos em si, afinal, ao magistrado perante o qual há a colheita da prova é vedado emitir qualquer manifestação nesse sentido. Deve haver, assim, apenas a produção de determinada prova e, se for o caso, da contraprova sendo de todo desnecessário – senão inútil – arvorar-se, nesse momento, na defesa de uma tese ou de outra perante o Estado-Juiz, como se se tratasse de um processo declaratório.

No mais, sabendo que a prova seria, no mínimo, imprestável se não produzida de acordo com o devido processo legal, e se não fossem respeitadas todas as garantias constitucionais e infraconstitucionais ínsitas ao exercício da jurisdição, não há como negar que os interessados podem insurgir-se contra a antecipação da prova em caso de violação desses postulados.

Em suma, filiando-nos a acima chamada “corrente intermediária”, entendemos que a vedação à defesa prevista no art. 382, §4º do novo Código de Processo Civil, impede que sejam instauradas controvérsias sobre a ocorrência ou inoocorrência dos fatos probandos, mas não suprime totalmente o contraditório, sendo fraqueada a intervenção de todos os interessados na produção de todas as provas requeridas (v.g. inquirindo testemunhas, formulando quesitos, apresentando documentos etc.), a produção outras provas ou contraprovas no mesmo procedimento (art. 382, §3º), e, ainda, de levantar questões de ordem pública visando resguardar a higidez do processo.

10.2 Requerimento de provas (art. 382, §3º)

Nos termos do art. 382, §3º do novo Código de Processo Civil, os “interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora”.

Em uma primeira abordagem, o dispositivo permite que os interessados requeiram outras diligências probatórias sobre os *mesmos fatos* delineados e investigados pelo requerente, otimizando o conjunto probatório formado ao redor dos mesmos.

Não obstante, e em homenagem os princípios do contraditório, e da economia e eficiência processual, deve-se admitir que os interessados “possam requerer, no mesmo procedimento, sem ter que propor nova ação, a produção de prova sobre *outros fatos* que gravitem em torno daqueles que o autor pretende investigar” (WAMBIER *et al*, 2015, p. 383). Afinal, somente assim a produção antecipada de provas realmente terá o condão de permitir que as partes avaliem o substrato probatório que um julgador avaliaria ao resolver eventual processo cognitivo, e assim adotar uma postura mais consciente diante daquele conflito.

Por fim, pontua-se que a parte final do dispositivo veda que seja deferida a produção das provas requeridas pelos interessados quando, somada as diligências probatórias já pleiteadas pelo requerente originário, ela acarretar excessiva demora. É evidente que o legislador pretendeu prestigiar o princípio da celeridade processual, todavia, o fez de modo descuidado e sem a devida reflexão.

Se, conforme visto acima, o ideal é que ocorra, da maneira mais completa possível, a produção das provas que ocorreriam apenas na fase instrutória do processo de conhecimento, seria salutar, *a priori*, não impor qualquer limitação dessa ordem.

Ademais, não há qualquer regra que impeça o interessado de pleitear em outra ação probatória autônoma, como requerente originário, a produção da prova indeferida por acarretar “excessiva demora”. Nem poderia ser diferente: quando a prova é indeferida por esse fundamento, o magistrado não aprecia o direito à prova do interessado¹³⁷, mas obsta o pedido, por assim dizer, sem apreciar o seu mérito, por razões de ordem meramente formal.

Em suma, o legislador não foi feliz ao estabelecer essa limitação em prol da celeridade processual, visto que ela, além de não se coadunar com os escopos do instituto da produção antecipada de provas, potencialmente gera a proliferação de novas demanda para o já sobrecarregado o Poder Judiciário brasileiro.

¹³⁷ Versando sobre possível êxito na resistência que os interessados possam opor, no mérito, ao pedido de produção antecipada de provas formulado pelo requerente originário, Flávio Luiz Yarshell (2009, p. 332) que a respectiva decisão terá “eficácia declaratória negativa, isto é, estabelecerá certeza acerca da inadmissibilidade da produção da prova. A questão, aí, consiste em saber se essa eficácia declaratória negativa pode, ou não, se tornar imutável, projetando efeitos para fora do processo e, assim, impedindo de forma definitiva a produção da prova. Embora possa gerar alguma perplexidade, tendo em vista o caráter processual da prova, parece lícita e, sobretudo, coerente com as ideias aqui desenvolvidas a de que, no caso de improcedência da demanda ocorre o fenômeno da coisa julgada material”.

11 RECURSOS (ART. 382, §4º SEGUNDA PARTE)

A segunda parte do §4º do art. 382 do Código de Processo Civil de 2015 prescreve que no rito da produção antecipada de provas não se admitirá “recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário”.

Conforme já visto em capítulo específico, a sentença da ação de produção antecipada de provas é meramente homologatória, sendo que nesse ato decisório não há, como regra, deliberação quanto ao deferimento ou indeferimento da produção das provas requeridas. Em termos práticos, parece que não há na ação aqui em estudo uma “fase de cumprimento de sentença” na qual as provas são produzidas. De outro lado, quando houver a antecipação da prova incidental ao processo de conhecimento, não há nem mesmo que se falar em sentença, sendo que todas as decisões exaradas serão invariavelmente interlocutórias.

Ante a esse panorama, as decisões que deferem ou indeferem a produção de provas são, quase sempre, interlocutórias e, em tese, passível de serem impugnadas por recurso de agravo de instrumento. O CPC/15 alterou profundamente a sua sistemática desse recurso, extinguindo-o “na sua modalidade retida [...] e estabelecendo hipóteses de cabimento em *números clausus* para o agravo de instrumento [nos] incisos do art. 1.015 somados às hipóteses previstas ao longo do CPC/15” (WAMBIER *et al*, 2015, p. 1453).

Assim, ante a essas novas regras, e nos atendo a literalidade do novo Código, temos as seguintes situações quanto ao recurso de agravo de instrumento na ação de produção antecipada de provas:

(a) O *deferimento da produção de provas* pleiteadas pelo requerente originário ou pelos demais interessados **não** poderá ser impugnado, pois ausente o permissivo nos incisos do art. 1.015 e no supratranscrito art. 382, §4º, ambos do novo Código de Processo Civil;

(b) O *deferimento parcial da produção das provas pleiteadas pelo requerente originário* **não** poderá ser por ele impugnado, obviamente, na parte em que foi negada a produção da prova, pois apenas a decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário é passível de recurso, nos termos da parte final do art. 382, §4º do CPC/15.

(c) O *indeferimento total da produção das provas pleiteada pelo requerente originário* **pode** ser impugnado, a teor da parte final do art. 382, §4º do novo Código de Processo Civil;

(d) O *indeferimento parcial ou total das provas pleiteadas pelos demais interessados* **não** poderá ser impugnado;

(e) *Quando a prova a ser produzida antecipadamente importar na exibição de documento ou coisa*¹³⁸, a respectiva decisão que a deferir ou indeferir, em tese, **pode** ser impugnada pelas partes interessadas com fundamento no inciso VI do art. 1.015 do novo Código de Processo Civil;

Como se vê, é patente que o legislador não foi feliz nesse ponto, tornando a demasiadamente complexa e sem qualquer racionalidade a questão da impugnação das decisões interlocutórias na produção antecipada de provas.

Em primeiro lugar, soa estranha a opção político-legislativa de negar qualquer controle recursal contra a decisão que deferir a produção antecipada de provas, em especial porque, em menor ou maior medida, as diligências que serão realizadas interferem na esfera jurídica de outrem, podendo ferir, inclusive, direitos fundamentais. Aqui, certamente há um ponto crítico e que deixará amplamente franqueada a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra ato judicial¹³⁹.

Em segundo lugar, é igualmente incompreensível a possibilidade do requerente originário agravar da decisão que indeferir *todas* as provas por ele pleiteadas, mas, paradoxalmente, não lhe é lícito impugnar pelo mesmo recurso a decisão que defere apenas parcialmente a produção antecipada de provas.

Em terceiro lugar, não é lícito aos interessados agravar de qualquer decisão que lhes sejam desfavoráveis, mesmo que estejam em idêntica situação que o requerente originário, ou seja, se for negada a produção de todas as provas por eles requeridas. Esse

¹³⁸ O caráter de investigatório da ação de exibição do CPC/73 já havia sido notado pela doutrina pátria. Nesse sentido, escreve Cássio Scarpinella Bueno (2013b, p. 227): “A necessidade da medida aqui discutida é tanto mais irrecusável em todos aqueles casos em que a pretensão, na perspectiva do plano material, reside justamente na obtenção, do Estado-juiz, de autorização para ter acesso a informações, documentos e dados que, de outro modo, não seriam legitimamente alcançados”.

¹³⁹ Em casos de deferimento de provas, certamente poderá haver casos de violação de direitos fundamentais, como a intimidade e a vida privada, nos quais não poderá ser negada a possibilidade de impetração de mandado de segurança. Nesses casos teratológicos, não deve ficar vedado a impetração do *mandamus*, conforme assevera Fernando da Fonseca Gajardoni (2015b): “A opção legislativa de um rol fechado de hipóteses de cabimento do agravo de instrumento não é boa, sendo um manancial de problemas práticos. Há real possibilidade de prática de atos processuais que, ao final, venham a ser considerados nulos ou ineficazes por decisão superior. Mas apesar disso, **não se pode construir uma interpretação que, tirante casos graves de teratologia, sustente o cabimento do agravo de instrumento, de mandado de segurança**, ou seja lá o que for, contra decisões que, por exemplo, reconhecem a competência ou incompetência do juízo para julgamento dos processos, que decidam sobre valor da causa, que defiram ou indefiram provas na fase instrutória. Foi clara a opção legislativa em não admitir recurso nestas situações, de modo que interpretação diversa significa deturpar a vontade reprovável, mas legítima, do legislador, sobrepondo o juízo de reprovação pessoal ao Poder Legislativo.” (destaquei).

dispositivo, portanto, não parece se coadunar com princípio da igualdade entre partes¹⁴⁰, prestigiando, sem qualquer motivo aparente, um polo da relação jurídico-processual.

Em quarto lugar, há uma antinomia entre o §4º do art. 382 e o inciso VI do art. 1.015, pois enquanto aquele somente permite recurso da decisão que indefere totalmente a produção de provas pleiteadas pelo requerente originário, esse último dispositivo admite o agravo de instrumento contra a decisão que *versar* sobre a exibição de documento ou coisa.

Avançando na análise dos recursos cabíveis e ainda nos atendo apenas sobre a literalidade do novo Código, é possível que a ação probatória seja indeferida por sentença, ou seja, que negue o direito à prova do requerente originário e, também, dos demais interessados. Esse peculiar caso somente se configurará quando todas¹⁴¹ as provas requeridas forem indeferidas, momento a partir do qual estará encerrada a produção antecipada de provas.

Nesse caso, não restam dúvidas de que estaria aberta a possibilidade dessa decisão ser impugnada pelo requerente originário por meio do recurso de apelação até mesmo pela previsão específica do art. 382, §4º. Mas os demais interessados que tiveram sua prova indeferida por sentença poderiam eles interpor apelação? O novo Código não é claro nesse ponto.

De um lado, há o, já inúmeras vezes citado, §4º do art. 382 que, pela sua literalidade, veda amplamente a interposição de recursos aos interessados; e, de outro lado, há o art. 1.009 que, limita-se a dispor, sem quaisquer ressalvas, que “da sentença cabe apelação”. Mais uma vez, verifica-se uma antinomia quanto aos recursos cabíveis na ação aqui em estudo.

Certo que, na ausência de uma – necessária – reforma legislativa nesse ponto, somente com a vigência do novo Código de Processo Civil e com o que for sedimentado na doutrina e na jurisprudência é que esse surgirá claro o sistema recursal da ação de produção antecipada de provas.

Contudo, ainda nessa primeira abordagem e sem qualquer pretensão de, nesse momento, pacificar o tema, parece-nos mais condizente que, ainda com as inúmeras e fundadas críticas que podem ser feitas, deve prevalecer a regra do §4º do art. 382, uma vez

¹⁴⁰ Versando sobre o referido princípio, escrevem Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2013, p. 59): “A igualdade perante a lei é premissa para a afirmação da igualdade perante o juiz: da norma prescrita no art. 5º, *caput*, da Constituição, brota o princípio da igualdade processual. As partes e os procuradores devem merecer o tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões.”

¹⁴¹ Note que, em tese, é possível que todas as provas pleiteadas pelo requerente originário sejam indeferidas, mas que, no mesmo ato, seja deferida a produção de alguma prova pleiteado pelos demais interessados. Nesse caso, essa decisão não põe fim ao processo de antecipação da prova, é claramente interlocutória e impugnável por agravo de instrumento de acordo com as regras acima expostas.

que ela disciplina um procedimento especial, que deve prevalecer sobre dispositivos que versam sobre o procedimento comum em geral, como, p. ex., os citados arts. 1.015, VI e 1.009, ambos do novo Código de Processo Civil¹⁴².

¹⁴² Nesse ponto, apenas nos valeremos da contundente lição Fernando da Fonseca Gajardoni (2015b): “Estou insatisfeito, bem se vê, com uma série de opções legislativas da Lei 13.105/2015 (embora, destaque, muitas outras me agradam). E estou certo que muitos leitores desta coluna também têm a porção do que lhes agrada e não agrada no Novo CPC. Entretanto, não parece lícito a nenhum de nós construir, através de expedientes retóricos, interpretações que afastem a eficácia de disposições legais e legitimamente aprovadas pelo legislador brasileiro, ou que ressuscitem institutos que, expressamente, foram rejeitados pelo parlamento. Um punhado de erudição, com citações em alemão ou de autores estrangeiros desconhecidos do grande público, não têm o condão de tornar existente o inexistente, nem sustentável o insustentável, e vice-versa. Não que não haja na Lei 13.105/2015 espaço interpretativo para negar aplicabilidade de uma série de seus dispositivos.[...] O que se pretende alertar neste breve escrito, contudo, é que há um limite interpretativo para a academia e jurisprudência. Tirantes casos de inconstitucionalidade, não parece possível sobrepor o juízo pessoal de desaprovação das opções do Novo CPC sobre a vontade legítima do legislador, fazendo que o Novo CPC seja o que queremos, e não o que ele realmente é.”

12 BENEFÍCIOS DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS SEM URGÊNCIA

12.1 Unificação diversos meios de antecipação da prova

A doutrina especializada já havia notado que, mesmo na vigência do Código de Processo Civil, o direito pátrio já previa meios processuais de “pré-constituição ou produção antecipada de provas sem o requisito da urgência e de forma não diretamente vinculada à declaração do direito”. Nesse ínterim, era comumente apontado que esse papel era exercido pela a ação (cautelar) de produção antecipada de provas, pela justificação, pela exibição de documentos e pelo arrolamento de bens. (YARSHELL, 2009, p. 415-440), conforme já visto ao longo desse trabalho.

O novo Código de Processo Civil extinguiu todas essas ações individualmente consideradas, reunindo todas sobre a rubrica de “produção antecipada de provas” e unificando o rito procedimental de todas. Trata-se, a evidência, de um exemplo concreto de simplificação do processo civil pátrio, um dos cinco objetivos do CPC/15, conforme elencado em sua Exposição de Motivos.¹⁴³

De todo modo, reconhecida a existência de um direito à prova seria mesmo desnecessária a existência de diversas “vias” pelas quais se podem produzir prova antecipadamente, visto que “a mesma atipicidade que marca o direito de ação [...] deve também se estender ao direito à prova”, de modo que, bastaria mesmo que houvesse “apenas uma ‘ação probatória’” (YARSHELL, 2009, p. 415).

No atual estado de desenvolvimento do direito processual civil pátrio, andou bem o legislador ao unificar todos os diversos procedimentos probatórios em um instituto, cumprindo, ao menos nesse ponto, a missão de simplificação do sistema processual civil pátrio.

¹⁴³ Prescreve o referido documento: “Com evidente redução da complexidade inerente ao processo de criação de um novo Código de Processo Civil, poder-se-ia dizer que os trabalhos da Comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; **3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas**, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão.” (destaquei)

12.2 Princípio da eventualidade e da congruência

O princípio da eventualidade é tradicionalmente conceituado de duas formas: a ampliativa e a restritiva. Naquela “a eventualidade atinge tanto o autor como o réu, a determinar um ônus das partes de apresentar de forma concentrada e simultaneamente no mesmo ato, todas as alegações e os meios de prova que pretendem produzir”, ao passo que a definição restritiva “limita o fenômeno ao réu, por exigir a alegação de todas as suas matérias de defesa de forma concentrada e simultânea, ainda que contraditórias entre si”. Como se nota do art. 319, III, IV e VI, e do art. 336, ambos do CPC/15¹⁴⁴, não restam dúvidas que o direito brasileiro adotou o conceito ampliativo do indigitado princípio. (NEVES, 2009, p. 309-310).

O princípio da eventualidade para o demandante se confirma no processo civil pátrio quando confrontado com o mecanismo de “estabilização da demanda”. Nos termos da lei processual, é possível o livre aditamento da petição inicial enquanto não citado o réu, ou, mediante seu consentimento se após a sua citação, mas desde antes do saneamento do processo, momento a partir do qual qualquer alteração do pedido ou da causa de pedir é vedada (art. 329 do novo Código de Processo Civil, equivalente ao art. 294 c/c o art. 264 do Código Buzaid).

Sem embargos das fundadas críticas que podem ser feitas ao princípio da eventualidade rígido e formalista¹⁴⁵ como previsto no ordenamento jurídico pátrio, é certo que o legislador adotou um sistema que compele o autor a concentrar, já na peça vestibular, todos os fundamentos de seu pedido. Entretanto, em verdadeira contradição, esse ônus era imputado ao autor sem que, contrariamente, o sistema processual pátrio fornecesse qualquer meio hábil para que pudesse dele se desincumbir.

Por outras palavras, criou-se um sistema processual no qual o autor se via obrigado a deduzir todas as alegações fáticas já na petição inicial, mesmo que não tivesse condições de averiguar a sua veracidade ou a possibilidade jurídica delas serem validamente comprovadas em juízo. E mais: se o demandante não obtiver sucesso em desincumbir do seu ônus probatório, se a prova produzida posteriormente lhe for desfavorável ou, ainda, se restar

¹⁴⁴ Correspondente, respectivamente, ao art. 282, incisos III, IV e VI e art. 300, ambos do CPC/73.

¹⁴⁵ Nesse sentido são precisas as lições de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2010, p. 196-202): “A concentração dos atos processuais, decorrentes da aplicação da regra da eventualidade, representa ao mesmo tempo garantia e obstáculo a um processo justo, adequado para refletir da melhor maneira possível a situação jurídica fora do processo. Constituí, não há dúvidas, proteção contra a chicana, a demora e ocultação da situação fática, acarretadas pelo transcurso de tempo. Todavia, implica também o risco de exclusão de alegações e pleitos omitidos sem culpa pela parte. Como já se notou com agudeza, frequentemente se mostra impossível no início do processo apresentar de maneira compreensiva todos os aspectos do caso.”

demonstrado que o pedido não decorre da causa de pedir levantada¹⁴⁶, a sua demanda estaria fadada a ser julgada improcedente em homenagem ao princípio da congruência, e, conseqüentemente, sofreria todos os ônus da sucumbência.

Essa situação claramente indesejável, poderia ser evitada se o autor dispusesse de meios idôneos para valorar, previamente ao ajuizamento de sua ação, o conjunto probatório que o julgador valoraria ao decidir de sua lide. Nessa situação, o ingresso ao Poder Judiciário seria realizado de maneira menos temerária, evitando a surpresa processual de se descobrir, somente últimas nas fases do processo de conhecimento, que a ação está fadada ou insucesso.

A ação probatória autônoma, então, mune o autor da imprescindível oportunidade de ter uma prévia das provas que serão apresentadas ao julgador em futuro processo de conhecimento que pretende ajuizar, e isso através de um procedimento expedido e, se comparado com os ônus da sucumbência que pode sofrer naquele processo, barato.

Ademais, munido dos dados assim obtidos, o autor poderá tomar uma decisão mais consciente da melhor postura a ser adotada diante daquele do conflito de direito material que está envolvido e, se se convencer que o ajuizamento de uma ação é o melhor remédio para a situação, o poderá fazê-lo com uma qualidade, lucidez e precisão inegavelmente superior.

12.3 Parâmetro para avaliar a má fé processual ante ao descumprimento do dever de veracidade

O dever de veracidade resulta não apenas de construções doutrinárias e axiológicas, mas, também, da positivação no direito processual civil brasileiro, conforme se nota dos arts. 378 e 77, I e II e 80, I e II, todos do novo Código de Processo Civil¹⁴⁷, que introduzem uma vedação a alteração da verdade dos fatos (YARSHELL, 2009, p. 155).

Contudo, conforme é pacífico na doutrina pátria, esse dever de veracidade previsto na legislação pátria está atrelado ao elemento subjetivo do ator processual, ou seja,

¹⁴⁶ Elucidativo exemplo dessa última situação nos é dado por Daniel Amorim Assumpção Neves (2009, p. 322) nos casos de erro médico: “O autor alega em sua inicial que o fato de ter esquecido uma tesoura dentro de seu corpo foi a causa de danos irreversíveis que suportou. Ao ser realizada a perícia médica, constata-se que, na verdade, a tesoura, a tesoura não lhe causou complicação médica nenhuma, mas que os remédios que lhe foram ministrados causaram o dano alegado. Por ser outro fato constitutivo do direito do autor, seu pedido será julgado improcedente, com desnecessário dispêndio de tempo e energia por parte do Poder Judiciário e dos litigantes. E pior, em termos de economia processual, o autor certamente voltará a demandar, agora a fundamentar sua pretensão no fato efetivamente responsável pelas complicações médicas suportada. Isso, é claro, se não tiver ocorrido a preclusão. Tais transtornos poderiam ter sido facilmente evitados se o autor, em dúvida a respeito do exato fato que fundamenta sua pretensão, tivesse ingressado com uma ação probatória autônoma, na qual poderia conhecer, com maior exatidão, quais fatos deveriam compor a causa de pedir de sua demanda”.

¹⁴⁷ Correspondentes, respectivamente, aos arts. 339, 14, I e III e 17, I e II do Código de Processo Civil de 1973.

somente reputa-se violado do dever de veracidade quando a pessoa alega fatos que sabe ou razoavelmente deveria saber inverídicos.¹⁴⁸

Assim, o dever de veracidade estaria indubitavelmente ligado ao tema da prova, “na medida em que, no processo (e mesmo antes dele), é dessa que resulta o que é verdade e, em senso contrário, o que é ‘mentira processual’”. Por outras palavras, “só se pode entender que age em desconformidade com o dever de veracidade aquele que, dispondo de elementos para avaliar o que [...] seria a verdade, porta-se em juízo de forma contrária a tais indicativos”. E disso se extrai que

ao menos na perspectiva dos sistemas de *civil law*, não parece existir dever de veracidade, jurídico ou simplesmente ético, desvinculado de elementos produzidos no processo cujo objeto é a declaração do direito, sobre os quais a parte possa fazer algum juízo de probabilidade ou de veracidade. Nem mesmo se pode – não, ao menos, em um sistema que concebe a produção antecipada de provas apenas nas hipóteses de urgência e que, dessa forma, reserva a descoberta da verdade para uma fase de instrução posterior – reputar violado aquele dever ao argumento de que alguém veio a juízo desprovido de elemento de prova (exceto se o autor tiver o dever funcional de previamente buscá-los, ou se exigências contidas no direito material ou limitação de cognição no processo impuserem, em dada situação, prova pré-constituída). É que, não havendo, como regra geral, a possibilidade de produção preliminar ou antecipada da prova, não se pode sancionar a parte que vem a juízo por fazê-lo à míngua de elementos aos quais, segundo o próprio sistema, só terá acesso mais adiante. (YARSHELL, 2009, p. 156-157).

Realmente não há como negar que apenas aqueles fatos que possam ser validamente levados à juízo através de regular atividade probatória é que serão analisados como indicativos da retidão da conduta das partes e, ainda, que têm o condão de norteá-las frente a um conflito de direito material. Como qualquer decisão judicial deve necessariamente se embasar no conjunto probatórios dos autos¹⁴⁹ – que seria, então, a única “verdade” relevante para a solução do litígio por via adjudicatória, único meio realmente coercitivo de solução de controvérsias disponível em um sistema que, como regra, não admite a autotutela e quando não há autocomposição – esse também deve ser o parâmetro objetivo para aferição da violação do dever de veracidade.

¹⁴⁸ Nesse sentido, confira, dentre outros, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2013, p. 263), segundo os quais alterar a verdade dos fatos “consiste em afirmar fato inexistente, negar fato existente ou dar versão mentirosa para fato verdadeiro. A L 6.771/80 retirou o elemento subjetivo ‘intencionalmente’ desta norma, de sorte que não mais se exige a intenção, o dolo de alterar a verdade dos fatos para caracterizar a litigância de má-fé. Basta a culpa ou o erro inescusável”.

¹⁴⁹ “Um princípio que mantém praticamente o mesmo conteúdo, inobstante todo avançar dos demais, é o da verdade formal ou do dispositivo probatório. Ainda hoje, sua melhor expressão é o brocardo latino *quod non est in actis non est in mundo* (“o que não está nos autos não está no mundo”), tendo a intenção de estabelecer os limites da prova utilizável pelo julgador para proferir sua decisão, ou seja, a prova constante dos autos.” (JANSEN, 2008)

Quando o sistema jurídico abre a possibilidade de se produzir prova antecipadamente desvinculada de qualquer requisito de urgência, surge a efetiva possibilidade de se investigar fatos e, assim, descobrir a “verdade” antes mesmo de qualquer instauração de processo cognitivo. Desse modo, a produção antecipada de provas sem urgência parece lançar novas e salutares luzes sobre os valores éticos do processo, devendo ser visto com maior reprovabilidade a conduta daquele que ingressa em juízo sem quaisquer elementos sérios que embasem as suas alegações, ou que, dispondo desses elementos, se portam, sem qualquer justificativa, de maneira incoerente.

Assim, a produção antecipada de provas sem urgência pode desempenhar um importante papel no processo civil pátrio ao fornecer meios prévios de investigação dos fatos às partes que, agora assim, poderiam efetivamente ingressar em juízo e nele se portar de maneira mais condizente e aderente com a verdade processual, e, caso não o façam, podem ser enquadrados mais facilmente como ligantes de má-fé ou, pior ainda, sucumbir no processo de conhecimento, arcando com os ônus de sucumbência daí decorrentes.

12.4 Tutela da evidência

O novo Código de Processo Civil inovou ao introduzir no direito pátrio a chamada “tutela da evidência”. Trata-se de uma espécie de tutela provisória que é concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando verificada a ocorrência de determinadas situações (GAJARDONI, 2015c, p. 922-923), conforme se depreende do art. 311 do CPC/15.

O que se pretende demonstrar é que a produção antecipada de provas pode ser um poderoso instrumento para auxiliar a obtenção da tutela da evidência, melhor distribuindo o ônus do tempo do processo. Vejamos.

O inciso I visa coibir a defesa – e, por que não, o comportamento processual – “anormal, inadequado, com o propósito de frustrar e/ou atrasar a prestação jurisdicional” presumindo que, nesses casos, “o direito do autor fica evidenciado” (WAMBIER *et al.*, 2015, p. 524).

Não se nega que se o autor comparecer ao processo munido de contundentes provas a favor da sua pretensão, será mais fácil a caracterização do abuso do direito de defesa ou do manifesto propósito protelatório da parte adversária. Diante de provas pré-constituídas em contraditório subsidiando o pedido de uma das partes, o espaço para manobras abusivas e protelatórias torna-se, desde os primórdios do processo, consideravelmente reduzido,

tornando patente qualquer abuso ou conduta procrastinatória, facilitando, conseqüentemente, a concessão da tutela da evidência.

O caso do inciso II do supracitado dispositivo, é aquele no qual a produção antecipada de provas ganha maior relevo. Para que possa ser concedida a tutela da evidência, inclusive liminarmente, não basta que o pedido encontre guarida em tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em sumula vinculante, sendo necessário, também, que as alegações fáticas possam ser comprovadas *apenas* documentalmente. Por outro modo, é condição *sine qua non* que as questões de fatos venham acompanhadas de provas pré-constituídas, de modo que se possibilite, ainda que em cognição sumária, identificar que sobre aqueles fatos litigiosos incide a tese já pacificada pela jurisprudência.

Assim, quando o postulante não detenha, de antemão, provas documentais ou documentadas¹⁵⁰ dos fatos aduzidos no interesse da ação ou defesa, pode valer-se da antecipação da prova para que consiga postular a tutela da evidência e, assim, não sofrer o ônus do tempo inerente ao processo.

O inciso III, por sua vez, trata-se da concessão de pedido reipersecutório fundado em contrato de depósito, mas desde que fundado em prova documental adequada.

Segundo o art. 646 do Código Civil, o contrato de depósito voluntário é de forma livre, mas para a “prova de sua existência faz-se mister o instrumento escrito, que assume, assim, a característica de formalidade *ad probationem tantum*. O depósito necessário, [por sua vez], pode ser demonstrado por qualquer meio de prova” (GONÇALVES, 2012, p. 392).

Assim, quando se trata de depósito voluntário a produção antecipada de provas pode ser utilizada na obtenção do instrumento escrito que faz a prova do contrato, fazendo às vezes da ação de exibição que era prevista nos arts. 844 e 845 do Código de Processo Civil de 1973, e com isso possibilitar o deferimento da tutela da evidência.

Contudo, ainda que seja, por qualquer motivo, impossível a consecução do instrumento escrito que comprova o depósito voluntário, a ação de produção antecipada de provas ainda tem a serventia para comprovar o depósito nos termos do art. 444 do Código de Processo Civil de 2015 (correspondente ao art. 402, I do CPC/73): “Nos casos em que a lei exigir prova escrita da obrigação, é admissível a prova testemunhal quando houver começo de

¹⁵⁰ Nessa linha, Fernando da Fonseca Gajardoni *et al* (2015, p. 926), em comentário ao inciso II do art. 311, aduz que uma das duas condições necessárias a concessão de tutela da evidência nessa hipótese, é que “as alegações se provem, apenas, documentalmente. Se for necessário qualquer outro tipo de prova (oral, pericial etc.), já não é possível a concessão. No entanto, não custará admitir que é possível a documentação de outros meios de prova por meio de ata notarial (artigo 384, CPC/15)”. Assim, se a ata notarial pode servir para embasar a tutela da evidência, com maior razão a prova produzida antecipadamente com fundamento nos arts. 381 a 383 do novo Código também poderá desempenhar esse papel, mormente pela necessária produção da prova em juízo com todas as garantias do devido processo legal resguardadas, em especial, o contraditório.

prova por escrito, emanado da parte contrária a qual se pretende produzir a prova.” A antecipação da prova, assim, pode servir para que seja obtido o aludido começo de prova escrita, e, ainda, para a produção de prova testemunhal, tudo para viabilizar a prova documentada adequada do contrato de depósito necessária a viabilizar concessão da tutela da evidência.

Ademais, é inquestionável a pertinência da antecipação da prova para a concessão da tutela da evidência quando o depósito for necessário. Nesse caso, sendo admitido que o contrato se prove por qualquer meio admitido em direito, a prova documental ou documentada do contrato de depósito, exigida pelo dispositivo em análise, pode ser obtida através de produção antecipada de provas, colocando o autor da demanda em desejável posição dentro da relação jurídica processual.

Por fim, na hipótese do inciso IV, a produção antecipada também ganha sensível importância. O dispositivo prevê que se o autor instruir a petição inicial com provas suficientes¹⁵¹ dos fatos constitutivos do seu direito, aos quais o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável, ser-lhe-á concedida a tutela da evidência. Em termos práticos, o comentado inciso prestigia aquele autor diligente que, antes de ingressar com a ação judicial, se prepara reunindo substrato probatório de peso a favor das suas alegações, de modo a tornar inconsistente a defesa da parte adversária.

Por óbvio, uma prova produzida em outro processual judicial, cercada de todas as garantias inerentes ao exercício da jurisdição, se mostra altamente persuasiva e potencialmente suficiente para embasar a concessão da tutela da evidência com fundamento no dispositivo aqui em comento. No mesmo sentido são os ensinamentos de Teresa Arruda Alvim Wambier *et al* (2015, p. 525) segundo os quais “é de se admitir [...] que o autor possa se valer da ‘prova emprestada’, ou seja, aquela produzida noutro processo sob o crivo do contraditório, para demonstrar ‘documentalmente’ o fato constitutivo do seu direito”.

¹⁵¹ A despeito do dispositivo se referir apenas a “prova documental”, a doutrina já vem apontado para uma interpretação ampliada e teleológica, permitindo a tutela da evidência fundada em outros tipos de prova. Nesse sentido, para José Eduardo da Fonseca Costa (2011, p. 175) “é cediço que outros elementos de prova podem conduzir à evidência” como, por exemplo, as provas produzidas antecipadamente. Assim, “o grau do *fumus* aumenta à medida que a prova do suporte fático do direito se mostra incontestável ou, ao menos, impassível de contestação séria. De toda maneira, é lamentável que o [inciso IV] não contenha redação mais genérica. Decididamente, existem outras hipóteses de elementos probatórios não documentais, que despertam evidência merecedora de tutela liminar”.

12.5 Mandado de segurança

Através do mandado de segurança, qualquer pessoa física ou jurídica pode provocar o controle jurisdicional quando sofrer lesão ou ameaça a direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* nem *habeas data*, em decorrência de ato de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, praticado com ilegalidade ou abuso de poder (DI PIETRO, 2012, p. 840). Trata-se de uma ação com rito sumaríssimo que, atualmente, é disciplinado pela Lei 12.016/2009.

Uma das características marcantes dessa ação, é que o seu rito não admite instrução probatória, de modo que o autor deverá, como regra, apresentar já com a inicial todas as provas necessárias à concessão da segurança.¹⁵²

Conforme Hely Lopes Meirelles, Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes (2010, p. 37), isso se dá porque um dos requisitos indispensáveis à concessão da segurança é que o direito a ser tutelado seja líquido e certo, ou seja, “manifesto na sua existência, delineado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração”, de modo que, em última análise, “é o direito comprovado de plano”.

Essa constatação de que a inicial deve vir acompanhada de todas as provas necessárias à concessão da segurança, não significa, contudo, que somente seja possível a produção de prova documental para a demonstração dos fatos que embasam o direito invocado, conclusão essa que poderia ser tirada da interpretação literal do *caput* do art. 6º da Lei 12.016/09 e dos arts. 319 e 320 do novo Código de Processo Civil (correspondentes aos art. 282 e 283 do Código de 1973). As provas tendentes a demonstrar os fatos que justificam a concessão da segurança, “podem ser todas as modalidades admitidas em lei, desde que acompanhem a inicial. [...] O que se exige é *prova pré-constituída*”¹⁵³. (MEIRELES; WALD; MENDES, 2010, p. 38).

¹⁵²Há apenas uma única exceção a essa regra e que se encontra prevista no §1º do art. 6º da Lei 12.016/2009, *in verbis*: “No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.”

¹⁵³Sobre a diferencia entre prova documental e pré-constituída ensina Daniela Amorim Assumpção Neves (2006, p. 293): “A impossibilidade de dilação probatória durante o procedimento do mandado de segurança, circunstância absolutamente pacificada tanto na doutrina quanto na jurisprudência, não passa, automaticamente, a exigir do impetrante a produção de prova documental, mas sim de prova pré-constituída, ou seja, de uma prova já formada fora e anteriormente ao processo. Prova pré-constituída é o gênero e não significa prova documental, apesar de ser essa a sua mais tradicional espécie. A disposição legal do procedimento do mandado de segurança tão-somente exige que o impetrante convença o juiz dos fatos que embasam suas alegações com uma prova pronta, a qual não demanda qualquer atividade probatória durante o processo; essa

Com efeito, o entendimento segundo o qual o *mandamus* somente admite a produção de prova documental conduziria a um indesejável abandono do princípio do livre convencimento motivado do juiz, reestabelecendo o já superado sistema de prova legal¹⁵⁴.

Não há como negar que os incisos LXIX e LXX do art. 5º da Constituição Federal não impuseram quaisquer restrições quanto aos meios de prova admitidos no procedimento do mandado de segurança, limitando-se a garantir a concessão desse remédio constitucional quando líquido e certo o direito violado. Desse modo, é altamente questionável entender que uma lei infraconstitucional possa limitar seu âmbito de eficácia apenas àquelas situações nas quais o autor disponha de provas documentais. Limitação, essa, que se torna mais severa quando se tem em mente que, por óbvios interesses da autoridade coatora, a esmagadora maioria das situações de abusos ou ilegalidades raramente são documentadas, e, ainda que o impetrante consiga extrair um documento dessas situações, certamente ele não conterà todos os elementos aptos a afastar quaisquer dúvidas quanto à liquidez e certeza do direito.

No mais, se é certo que “a complexidade dos fatos não constitui óbice ao cabimento do mandado de segurança, nem impede seu julgamento de mérito” (MEIRELES; WALD; MENDES, 2010, p. 38), e que as relações jurídicas contemporâneas são cada vez mais complexas, a limitação da produção de prova documental para a concessão da segurança acabará por esvaziar por completo esse imprescindível direito e garantia constitucional.

Nesse panorama, a ação de produção probatória autônoma se mostra imprescindível para concretizar e ampliar a eficácia do mandado de segurança no direito pátrio. Ampliam-se sobremaneira os meios processuais de pré-constituição de prova à disposição do impetrante, que agora tem plenas condições de angariar, por todos os meios admitidos em direito e através de procedimento no qual é garantido o amplo contraditório com a pretensa autoridade impetrada, conjunto probatório robusto o suficiente a justificar a interposição e concessão do mandado de segurança.

Nesse ínterim, agora passa a ser possível a impetração do mandado de segurança inclusive com embasamento, por exemplo, em uma prova testemunhal *documentada*, possibilitando que situações que, embora justificando a concessão segurança, ficavam imunes

função não é exclusiva da prova documental, mas aplica-se a qualquer prova pré-constituída robusta o suficiente para convencer o órgão judicial dos fatos alegados.”

¹⁵⁴ Assevera Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2010, p. 218) que é “indubitável [...] não se mostrar admissível, no presente estágio civilizatório, qualquer retrocesso no sentido de tarifar a apreciação do fato pelo juiz. Semelhante retrocesso acarretaria um indesejável aumento do formalismo, distanciando da apreciação da verdade, ao contrário do que deve ser sempre almejado”

ao remédio constitucional justamente pela impossibilidade de serem comprovadas de plano, possam, agora, ser devidamente levadas à apreciação do Poder Judiciário.¹⁵⁵

Note que o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias para a impetração do mandado de segurança não impõe qualquer óbice à efetiva utilidade da ação probatória para os fins aqui discutidos. Isso porque, não é impossível – apesar de pouco provável atualmente – que a ação de produção antecipada de provas, em razão de seu expedito procedimento, seja concluída dentro do referido prazo decadencial. Ademais, nos atos comissivos de trato sucessivo e nos atos omissivos continuados o prazo renova-se a cada dia (MEIRELES; WALD; MENDES, 2010, p. 63-64), de modo que é possível que a ação probatória autônoma seja concluída em tempo hábil a impetração do mandado de segurança.

12.6 Monitória

A ação monitoria, incorporada ao direito pátrio em 1995, “não produziu os efeitos esperados, sendo que sequer, com o devido e merecido respeito, fez jus à toda produção doutrinária e jurisprudencial ao seu derredor.” (OLIVEIRA JÚNIOR; GAJARDONI, 2015). Tamanho foi o fracasso desse instituto,¹⁵⁶ que quase deixou de ser contemplado nos projetos iniciais de novo Código de Processo Civil, apenas sendo resgatado pela Câmara dos Deputados, já no final do processo legislativo.

Não obstante, o novo tratamento dispensado à ação monitoria pelo novel Código trouxe diversas e importantes inovações, dentre as quais destacamos as seguintes (OLIVEIRA JÚNIOR; GAJARDONI, 2015):

(a) O aumento das hipóteses de cabimento, passando a ser meio hábil para exigir do devedor o pagamento de quantia em dinheiro, a entrega de coisa fungível ou infungível ou

¹⁵⁵ Escreve Daniel Amorim Assumpção Neves (2006, p. 294): “Como o impetrante não terá oportunidade de produzir as chamadas provas causais durante o procedimento, a ação autônoma probatória lhe será extremamente útil para que, antes do mandado de segurança, obtenha pela realização de uma perícia ou prova oral, a prova documentada que lhe será exigida para a impetração do *mandamus*. Será de extrema valia ao impetrante essa ação probatória autônoma quando não possuir prova de natureza documental suficiente para provar seu direito líquido e certo.”

¹⁵⁶ Foge ao escopo desse trabalho, estudar a fundo os diversos fatores que levaram ao fracasso da ação monitoria no CPC/73. Contudo, imprescindível pontuar que, segundo Zulmar Duarte de Oliveira Junior e Fernando da Fonseca Gajardoni (2015), o insucesso desse instituto se deu devido: “a) à nossa cultura de litigiosidade, que não tem a isenção das custas e honorários como indutores suficientes ao cumprimento espontâneo da obrigação (artigo 1.102-C, § 1o, do CPC/73); b) à possibilidade de uma moratória pela via judicial, decorrente da própria demora na oposição e decisão dos embargos ao mandado monitorio; c) ao fato de que a sentença dos embargos à ação monitoria, tal qual modelada pelo CPC/73, desafia recurso de apelação dotado de efeito suspensivo (art. 520 do CPC/73); e d) à possibilidade de apresentação, para os casos de conversão ex vi legis do mandado monitorio em título executivo judicial (art. 1.102-C do CPC/73), dos embargos pelo devedor sem limitação do âmbito de cognição (tal como se se tratasse de execução de título executivo extrajudicial).”

de bem móvel ou imóvel, e, por fim, o adimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer (art. 700, I, II e III);

(b) O réu já é citado para pagamento, com a possibilidade de oposição dos embargos monitórios (arts. 701 e 702), não havendo espaço para a realização da audiência prévia de conciliação prevista para o procedimento comum (art. 334), o que representa um atalho ritual para o credor;

(c) A sentença que decidir os embargos eventualmente interpostos pelo devedor será dotada de eficácia imediata (art. 702, §4º parte final), abrindo a possibilidade de sua execução provisória ainda que seja interposta apelação, salvo, obviamente, se a esse recurso for atribuído efeito ativo *ope iudicis*.

No entanto a novidade que aqui se pretende destacar e estudar com maior vagar, é aquela prevista no art. 700, §1º do novo Código de Processo Civil, segundo o qual a prova escrita apta a instruir a ação monitória pode consistir em prova oral documentada, produzida antecipadamente.

A jurisprudência pátria já apresentava uma clara tendência em interpretar de maneira ampla o conceito de *prova escrita*. Já se admitia, nesse sentido, que todo e qualquer documento que sinalizasse o direito à cobrança e que fosse hábil a convencer o juiz da pertinência da dívida, poderia, com sucesso, autorizar o manejo da ação monitória. Ademais, esse documento nem mesmo precisava ter sido emitido pelo devedor ou nele constar sua assinatura¹⁵⁷.

¹⁵⁷ A jurisprudência Superior Tribunal de Justiça é mansa e pacífica nesse sentido. Confira a publicação periódica “Jurisprudência em Teses”, organizada pelo Tribunal da Cidadania e disponível à em seu sítio eletrônico (www.stj.jus.br), especialmente a edição “Ação Monitória - I”. Nesse ínterim, já restou consignado em emblemático acórdão exarado pelo STJ que “uma das características marcantes da ação monitória é o baixo formalismo predominante na aceitação dos mais pitorescos meios documentais, inclusive daqueles que seriam naturalmente descartados em outros procedimentos. O que interessa, na monitória, é a possibilidade de formação da convicção do julgador a respeito de um crédito, e não a adequação formal da prova apresentada a um modelo pré-definido, modelo este muitas vezes adotado mais pela tradição judiciária do que por exigência legal. [...] (REsp 1025377/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/03/2009, DJe 04/08/2009).

Em outra oportunidade, decidido que “a prova hábil a instruir a ação monitória, a que alude o artigo 1.102-A do Código de Processo Civil não precisa, necessariamente, ter sido emitida pelo devedor ou nela constar sua assinatura ou de um representante. Basta que tenha forma escrita e seja suficiente para, efetivamente, influir na convicção do magistrado acerca do direito alegado. [...] Dessarte, para a admissibilidade da ação monitória, não é necessário que o autor instrua a ação com prova robusta, estreme de dúvida, podendo ser aparelhada por documento idôneo, ainda que emitido pelo próprio credor, contanto que, por meio do prudente exame do magistrado, exsurja o juízo de probabilidade acerca do direito afirmado pelo autor. (AgRg no AREsp 289660/RN, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 19/06/2013).

Esses entendimentos podem ser encontrados em inúmeros outros acórdãos e decisões monocráticas proferidas por aquela corte, dentre os quais destacamos: REsp 866205/RN, Rel. Ministro VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/03/2014, DJe 06/05/2014; AgRg no REsp 1402170/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 11/02/2014, DJe 14/03/2014; REsp 1101412/SP,

Em consonância com essas construções que se fizeram sob a égide do CPC/73, o novo Código de Processo Civil ampliou ainda mais o conceito de *prova escrita*, passando a prescrever expressamente que até mesmo uma prova oral, desde que produzida nos termos do seu art. 381 a 383 e, portanto, documentada de forma escrita, é capaz de permitir o ajuizamento da ação monitória.

Se a ação monitória, conforme disciplinada no CPC/15, apresenta uma série de benefícios aos credores em relação ao procedimento comum, de modo que poderá tornar-se um meio processual preferível a esse último, a produção antecipada de provas ganha um profícuo terreno para se desenvolver.

O credor que, embora não dispondo de prova escrita apta para instruir a monitória, mas que tenha a possibilidade de comprovar a dívida através da produção de provas orais, não será tolhido da possibilidade de utilizar a ação monitória e todas as vantagens rituais de sua nova disciplina. A ação de produção antecipada de provas servirá, aqui, como uma espécie de procedimento preparatório para viabilizar a utilização da monitória pelo credor nessa situação, que, de outro modo se viria obrigado a buscar o seu crédito pelo procedimento comum.

12.7 A “nova prova” e a coisa julgada *sucundum eventum litis vel probationis* nas ações coletivas

O tema da coisa julgada coletiva é certamente um dos mais complexos do direito processual civil pátrio na contemporaneidade. Assim, mantendo-nos fieis ao objeto de estudo desse trabalho e, em especial a discussão proposta nesse capítulo, vamos nos limitar a análise a coisa julgada *sucundum eventum litis vel probationis* das ações coletivas e como a produção antecipada de provas sem urgência pode apresentar significativos benefícios também nesse âmbito.

Conforme clássica lição doutrinária, o escopo da coisa julgada *secundum eventum litis vel probationis* é “evitar a cristalização de uma decisão iníqua, que, formada em conluio

Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/12/2013, DJe 03/02/2014; REsp 823059/BA, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/04/2009, DJe 27/04/2009; REsp 1397133/ES (decisão monocrática), Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 25/03/2014, DJe 28/03/2014; AREsp 334427/SC (decisão monocrática), Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 03/02/2014, DJe 19/02/2014; AREsp 274851/MS (decisão monocrática), Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, julgado em 02/09/13, DJe 04/09/2013; AgRg no AREsp 289660/RN, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 19/06/2013; AgRg no REsp 1248167/PB, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 16/10/2012; AREsp 269049/RJ (decisão monocrática), Rel. Ministro MARCO BUZZI, julgado em 07/02/2014, DJe 12/02/2014; AREsp 274851/MS (decisão monocrática), Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, julgado em 02/09/2013, DJe 04/09/2013; REsp 1263859/SP (decisão monocrática), Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 31/08/2012, DJe 10/09/2012.

entre o autor e o réu, adquirisse imutabilidade contra todos”. Isso porque, em um sistema jurídico, como o brasileiro, em que a aferição da representatividade adequada não é rigorosa, “a válvula de escape para evitar tal situação é a admissão excepcional nas ações coletivas de posterior demanda que veicule “prova nova” capaz de reverter o resultado antecedente e, portanto, promover a efetiva tutela do bem jurídico transindividual.” (ZUFELATO, 2008, p. 307).

Contudo, a coisa julgada é um direito e garantia fundamental, e qualquer regra que vise excepcioná-la deve ser vista com a devida cautela, evitando-se qualquer generalização indevida capaz de abalar irremediavelmente o referido instituto¹⁵⁸. Nesse sentido, entende Camilo Zufelato (2008, p, 308) que é “ideal e muito mais prudente a priorização do uso do maior número possível de instrumentos processuais aptos a evitar a formação de um julgado incompatível com a realidade dos fatos do que tentar remover a imutabilidade de uma decisão estável”

O referido professor trabalha, então, com três mecanismos processuais que teriam o condão de evitar a uma decisão coletiva de improcedência por falta de provas através de um estímulo máximo à instrução processual: as regras do ônus da prova (em especial através da inversão desse ônus em desfavor do demandado na ação coletiva), a participação do juiz na colheita das provas e a intervenção necessária do Ministério Público nos processos coletivos (ZUFELATO, p. 308-325).

Parece-nos que a esse rol de mecanismos aptos a evitar um julgamento coletivo de improcedência incompatível com a realidade dos fatos pode ser incluído a antecipação da prova sem urgência, que pode operar em duas frentes.

Em primeiro lugar, ao fornecer às partes um verdadeiro meio de investigação dos fatos, possibilita-se, ainda antes de qualquer ajuizamento de uma ação coletiva, um meio das partes avaliarem as suas chances e riscos no processo coletivo, induzindo os eventuais litigantes a solução autocompositivas, o que, certamente, evitaria o ajuizamento de ações coletivas que, sabidamente, geram processos custosos e morosos.

Em segundo lugar, como as partes teriam instrumentos aptos a investigar os fatos que supostamente embasariam a demanda coletiva antes de apresentá-la, parece não haver dúvidas que a ações coletivas seriam ajuizadas de maneira mais consciente e, desde os

¹⁵⁸ Sobre o tema escrevem Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Nelson Nery Júnior (2011, p. 200) que deve haver uma interpretação restritiva da questão, uma vez que “a possibilidade de reabertura do processo com *qualquer* prova nova, não produzida durante a instrução, colidiria com o tradicional princípio da eficácia preclusiva da coisa julgada, pela qual se consideram cobertas pela imutabilidade não só as questões levantadas, mas também aquelas *que poderiam ter sido levantadas no processo* (art. 474 do CPC [de 1973])”

primórdios, melhor instruídas, o que diminuiria o risco da demanda ser julgada improcedente por falta de provas e, conseqüentemente, da formação da coisa julgada *secundum eventum litis vel probationis*.

Não obstante, ainda que com toda a adequada utilização dos mecanismos que podem atuar evitando a coisa julgada *secundum eventum litis vel probationis*, não é impossível que a ação coletiva seja julgada improcedente por falta de provas. Desse modo, é necessário que haja alguma intervenção processual pós-formação da coisa julgada material apta a evitar a perpetuação do dano causado por uma decisão como essa.

Nesse mister, a doutrina aponta que a ação rescisória é plenamente aplicável aos processos coletivos¹⁵⁹ sendo possível atacar a decisão transitada em julgado quando houvesse a prova nova que atendesse o disposto no VII art. 966 do novo Código de Processo Civil (correspondente ao inciso VII do art. 485 do CPC/73). Os benefícios da produção antecipada de provas sem urgência na ação rescisória serão tratados com maior vagar no capítulo seguinte. Entretanto, destaca-se desde já que a medida desempenha um imprescindível papel de fornecer meios efetivos para que se busque a “prova nova” apta a ensejar a rescisão do julgado, tema que não foi abordado com o devido cuidado pela doutrina e pela jurisprudência.

Há de convir, contudo, que essa “prova nova” pode ser descoberta no pós-biênio no qual seria cabível a ação rescisória, o que, contudo, pela sistemática expressamente adotada pela legislação pátria (art. 103, II do Código de Defesa do Consumidor, e art. 16 da Lei da Ação Civil Pública), não impede a propositura de nova ação fundada na prova recém descoberta, visto que “no processo coletivo, a improcedência por falta de provas não gera imutabilidade do *decisum*” (MAZZILLI, 2013, p. 636).

Assim, a espelho do que se verá no capítulo seguinte, a produção antecipada de provas também tem um importante papel de fornecer meios de investigação às partes para que elas busquem eventual “prova nova” capaz de reabrir a discussão de um processo coletivo julgado improcedente por falta de provas.

Contudo, é possível ir além.

Se, por um lado, a ausência de prova nova é, por si só, suficiente para o segundo processo coletivo sobre a mesma questão seja inadmitido, por outro, é igualmente certo que dificilmente “um dos legitimados para a propositura da demanda coletiva será ingênuo a

¹⁵⁹ No que toca a questão da “prova nova” capaz de gerar a rescisão do julgado entende Camilo Zufelato (2008, p. 327) que “a melhor interpretação é a de que a prova preexistente possa ser trazida à baila por meio da ação rescisória fundada no inciso VII do artigo 485 [do CPC/73, correspondente ao inciso VII do art. 966 do CPC/15] referente a *documento novo*, cujo teor a doutrina e a jurisprudência majoritária entende ser aquele obtido depois da sentença ou então que a parte ignorava ao tempo do curso da primeira ação, e que não pôde ser utilizado.”

ponto de preparar uma petição inicial em que confesse, expressamente, não ter qualquer prova nova capaz de preencher o requisito legal”. Assim, se a prova nova não for pré-constituída, a comprovação de sua existência ou não ficará relegada à fase de instrução do processo, o que significa que “para verificar se a ação poderia ou não ser proposta, quase todo o procedimento deverá ter transcorrido para que no final o juiz entenda não existir ‘nova prova’ e extingui-lo”. (NEVES, 2009, p. 307).

Por outro modo, quando não se exige a pré-constituição da prova no caso em tela, pode acontecer de o Poder Judiciário ser obrigado, em claro desprestígio aos princípios da eficiência, a realizar a “repetição” de uma – ordinariamente – custosa ação coletiva, para concluir que não havia prova nova apta a reabrir a discussão sobre *decisum* acobertado pela coisa julgada *secundum eventum litis vel probationis*, e, assim, extinguir o feito sem resolver o de mérito.

Com efeito, seria mais racional exigir que o legitimado que pretenda reabrir uma ação coletiva já julgada improcedente por falta de provas apresente a prova nova ou, quando menos, sérios indícios de sua existência, juntamente com a petição inicial. Assim, o juiz já terá reais condições de avaliar a pertinência daquela demanda ainda antes da fase instrutória do processo, prestigiando, de um lado, a imutabilidade almejada pela coisa julgada *secundum eventum litis vel probationis* e, de outro, a eficiência da prestação do serviço jurisdicional.

12.8 Ação rescisória

Como se sabe, não “somente decisões que contenham algum defeito, inclusive de julgamento, ou preferidas em processos nulos absolutamente sejam rescindíveis”, pois “os conceitos de *rescindibilidade* e *nulidade absoluta* [...] não podem ser tratados como as duas faces da mesma moeda” (BUENO, 2013a, p. 315-316). Conforme ensina Teresa Arruda Alvim Wambier (1997, p. 166-167) “A nulidade é [...] um estado defeituoso. A rescindibilidade, a seu turno, é a circunstância de o ato, que padece daquele vício, que se encontra naquele estado defeituoso, poder ser impugnado por meio da ação rescisória.”

Desse modo há uma especial hipótese de rescindibilidade sem nulidade, e é aquela prevista no inciso VII art. 966 do novo Código de Processo Civil que prescreve que a decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando “obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, *prova nova* cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável”.¹⁶⁰

É certo que a prova nova apta a ensejar à rescisão é aquela que já existia ao tempo da decisão rescindenda, mas que não foi apresentada em juízo por não ter o autor da rescisória ciência da sua existência ou por motivo estranho a sua vontade. Ademais, a prova deve ser relevante, de forma que se ela tivesse sido trazida aos autos no processo primitivo poderia ter alterado o convencimento do juiz.¹⁶¹

A despeito dessa regra já existir, de longa data, no direito processual brasileiro, não foi encontrado qualquer discussão, na doutrina ou jurisprudência, a respeito de *como* o autor poderia obter essa prova nova. Esse desafio foi simplesmente lançado à parte

¹⁶⁰ Insta destacar que esse dispositivo ampliou consideravelmente o âmbito de eficácia da norma ao permitir a rescisão da decisão sempre que houve *prova nova* e não mais *documento novo*, conforme prescrevia o correspondente inciso VII do art. 485 do Código de Processo Civil de 1973.

¹⁶¹ Essa definição de “documento novo” ganhou chancela jurisprudencial, conforme se depreende da fundamentação do Recurso Especial Repetitivo nº 1.135.563/PR, de Relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 12/06/2013, e publicado no DJe 17/06/2013. Valendo-se dos ensinamentos de José Carlos Barbosa Moreira, o Tribunal da Cidadania decidiu que por documento novo “não se deve entender aqui o constituído posteriormente. O adjetivo ‘novo’ expressa o fato de só agora ser ele utilizado, não a ocasião em que veio a formar-se. Ao contrário: em princípio, para admitir-se a rescisória, é preciso que o documento já existisse ao tempo do processo em que se proferiu a sentença. Documento ‘cuja existência’ a parte ignorava é, obviamente, documento que existia; documento de que ela ‘não pôde fazer uso’ é, também, documento que, noutras circunstâncias, poderia ter sido utilizado, e, portanto, existia. Fosse qual fosse o motivo da impossibilidade de utilização, é necessário que haja sido estranho à vontade da parte. Esta deve ter-se visto impossibilitada, sem culpa sua, de usar o documento, v.g., porque lhe fora furtado, ou porque estava em lugar inacessível, ou porque não se pôde encontrar o terceiro que o guardava, e assim por diante. Não se exige, porém, que a impossibilidade se haja devido a ato do adversário – caso em que se poderá configurar o fundamento contemplado no inciso III (dolo da parte vencedora). É concebível que a responsabilidade caiba até a litisconsorte, cujo interesse talvez não coincidisse com o daquele a quem aproveitaria a produção do documento, ou a assistente, conluiado ou não com o litigante adverso. São hipóteses, todas essas, que de maneira alguma excluem a viabilidade da rescisória, mas tampouco precisam ocorrer para ensejá-la.”

interessada – e prejudicada por uma decisão injusta e não aderente a realidade – que deveria, por si só e por algum modo até então alheio ao processo civil pátrio, diligenciar na busca da prova capaz de rescindir a decisão.

Não se olvida que essa sistemática tornava inócuo o dispositivo ou, quando menos, apresentava sérias restrições a sua eficácia, visto que, grosso modo, a parte necessitava contar com a sua sorte para descobrir a indigitada “prova nova”. Isso, sem contar, o trabalho, por assim dizer, inútil despendido pelo Poder Judiciário que, apenas em fase avançada do processo – fase instrutória ou, na pior das hipóteses, na fase decisória –, poderia concluir a ausência de “prova nova”, situação correlata a identificada no capítulo anterior.

De todo modo, a produção antecipada de provas pode encontrar, aqui, mais uma importante aplicação fornecendo aos interessados meios efetivos de se buscar a “prova nova” e provocar, com sucesso, uma ação rescisória, evitando que sobrevivam decisões judiciais dissociadas com a realidade e, assim, injustas.

13 CONCLUSÕES

Premissas Básicas

1. A única “verdade” relevante para o direito é aquela que pode ser validamente construída no bojo do processo judicial. Assim, é natural e desejável que essa seja, também, a “verdade” que deve nortear as partes na avaliação das suas chances e riscos em eventual processo de conhecimento, conduzindo-as ao meio de solução de controvérsias mais adequado do litígio em que se encontram.

2. Quando se fala em “Produção Antecipada de Provas”, o plurissignificativo vocábulo “prova” é empregado com o sentido de “meios de prova”, ou seja, antecipa-se apenas as técnicas processuais desenvolvidas para extrair a prova de suas fontes.

3. Há efetiva “produção” de provas e não mera “asseguração” de provas nas ações probatórias autônomas, haja vista que não há diferença substancial entre a atividade desenvolvida nos procedimentos de produção antecipada de provas e na produção de provas no bojo do processo de conhecimento. A circunstância do juiz não ser o destinatário da prova *ad perpetuam rei memoriam* não parece ser suficiente para infirmar essa conclusão.

4. Os “meios de prova” podem, sob determinada ótica, ser entendidos como “meios de investigação” e, assim, permitem que as partes descubram fatos relevantes para a situação de direito material na qual estão imersas e, ainda, tenham uma prévia da “verdade” processual.

5. Se a produção antecipada de prova sem urgência é admitida para viabilizar a solução autocompositiva dos conflitos e para melhor instruir ou evitar futuro processo judicial, fica claro que os destinatários da prova nas ações probatórias autônomas sem urgência são as próprias partes e não o juiz.

6. O “direito à prova” não se confunde com o “direito de provar”: o primeiro é o direito de exigir do Estado-Juiz pura e simplesmente a produção de uma prova, enquanto o segundo é o direito de empregar todos os meios possíveis e necessários para comprovar as alegações fáticas da ação ou da defesa no bojo do processo de conhecimento.

A Produção Antecipada de Provas: do Código de Processo Civil de 1973 ao Código de Processo Civil de 2015

1. O CPC/73 somente admitia, como regra, a antecipação da prova fundada na urgência (cautelar), ou seja, se houvesse algum risco de que a prova não pudesse ser produzida posteriormente e em momento adequado dentro do processo de conhecimento

2. A doutrina nacional, consciente ou inconscientemente, passou a paulatinamente mitigar o caráter de medida cautelar da produção antecipada de provas, atribuindo-lhe cada vez mais autonomia e aproximando-a do direito à prova.

3. Dentre essas mitigações ao caráter cautelar da produção antecipada de provas, destaca-se o entendimento de que ela poderia existir *per se*, ou seja, sem que fosse necessário a ajuizamento da “ação principal”.

4. Havia vozes doutrinárias que visam dar um novo “enfoque” ao perigo da demora da ação cautelar de produção antecipada de provas, permitindo – embora contraditoriamente – a antecipação da prova ainda que sem o risco dela não poder ser produzida posteriormente na fase instrutória do processo de conhecimento.

5. Foi notado que a cautelar produção antecipada de prova não assegurava o resultado útil e eficaz de um processo de conhecimento, mas apenas e tão somente, um ato processual que lá poderia se desenvolver. Ademais, como o prévio conhecimento dos fatos tem o condão induzir as partes a solução autocompositiva, a produção antecipada de provas ao invés de acautelar uma ação principal, poderia torná-la desnecessária.

6. Algumas classificações das ações de produção antecipada de provas *ad perpetuam rei memoriam* permitem concluir que não só a urgência seria justificativa para que a prova fosse antecipada.

7. Havia vozes doutrinárias, formadas sobre a égide do CPC/73, que entendiam que a produção antecipada de provas tinha caráter satisfativo quando fosse requerida para permitir o ajuizamento de uma futura ação.

8. O Código Buzaid já admitida, ainda que não expressamente, vias de produção antecipada de provas sem urgência como dá notas as ações de produção antecipada de provas (dada as mitigações ao seu caráter cautelar), de arrolamento, de justificação e de exibição.

9. O Código de Processo Civil de 2015 consagra o direito à prova, permitindo expressamente a antecipação da prova desvinculada da urgência, ao lado da cautelar de produção antecipada de provas.

Deveres na Produção Antecipada de Provas Sem Urgência

1. Na produção antecipada de provas, os deveres de colaboração e cooperação se traduzem na atividade convergente desenvolvida pelas partes com o intuito de formar

conjunto probatório a elas mesmo destinadas, para que possam tratar adequadamente a situação de direito material na qual estão imersas. No campo probatório, a ausência do cumprimento desses deveres se traduz, como regra, em um ônus para a parte desidiosa ou relapsa e não com autênticas sanções. Contudo, a depender do trato doutrinário e jurisprudência sobre tema, é possível defender que a parte faltosa pode ser enquadrada como litigante de má-fé e, assim, sofrer autênticas sanções.

2. Ainda que se possam vislumbrar inúmeros benefícios que tornam extremamente desejável a produção antecipada de provas sem urgência, parece não existir um dever jurídico nesse sentido, ante a ausência de clareza do ordenamento jurídico em prescrever esse mandamento.

3. No bojo do processo de produção antecipada de provas, é imprescindível que haja a cooperação entre os atores processuais para a mais completa investigação dos fatos, visando com que as partes passem a dispor de elementos probatórios para avaliar as suas chances e riscos em eventual e futuro processo cognitivo sobre os mesmos fatos. Com o intuito de induzir essa conduta, parece ser razoável entender, com arrimo nos princípios da cooperação, boa-fé objetiva, eficiência e efetividade, e de maneira similar ao que ocorre na cautelar de produção antecipada de provas, que haja a preclusão da faculdade de produzir prova daquele interessado que, a despeito de regularmente citado, permanece completamente inerte ou não mostre a diligência esperada para a pré-constituição da prova.

4. Ainda que de maneira reflexa, o ordenamento jurídico impõe às partes e aos seus procuradores um dever de valoração das provas pré-constituídas, prevendo “sanções positivas” para àqueles que o fazem, e “sanções negativas” para aqueles que não o fazem.

5. As provas que podem ser produzidas antecipadamente encontram limites legais e morais, assim como as provas produzidas no bojo do processo de conhecimento. Entretanto, reconhecido o direito à prova, deve ser coibido o seu abuso, devendo ser indeferida a produção antecipada de provas que, embora não se mostram ilegais ou imorais, não se afinam com a função social e econômica do instituto e com a boa-fé objetiva.

Hipóteses Legais que Autorizam a Produção Antecipada de Provas Sem Urgência

1. O Código de Processo Civil de 2015 permite a antecipação da prova para viabilizar a autocomposição entre as partes. Parte-se do pressuposto que, sem o prévio conhecimento dos fatos, a solução consensual do litígio fica prejudicada, e que, de maneira

inversa, quanto maior o conhecimento da “verdade processual” maior seriam os incentivos a solução autocompositiva dos litígios.

2. Permite-se a antecipação da prova sem urgência também para justificar o ajuizamento de uma ação que, de maneira diversa, não poderia ser ajuizada sem a pré-constituição da prova. Ademais, admite-se que sejam antecipadas quaisquer provas que possam aumentar a qualidade da ação a ser ajuizada.

3. Admite-se, ainda, a antecipação sem urgência das diligências probatórias para evitar, por qualquer razão idônea, o ajuizamento de uma ação. Isso pode se dar, p. ex., se as partes se realizarem uma autocomposição extrajudicial ou, ainda, se o litígio for resolvido em processo administrativo ou através da arbitragem.

4. Complementando e exemplificando o direito à prova, o novo Código elenca espécies legais de produção antecipada de provas sem urgência que, aliás, já eram assim entendidas na vigência do Código Buzaid.

5. O arrolamento para a mera documentação (sem posterior constrição dos bens ou direitos arrolados) é uma manifestação do direito à prova que mostra que é possível a investigação sobre universalidades de bens e direitos.

6. A justificação, já vista pela doutrina, desde longa data, como um procedimento de jurisdição voluntária de produção antecipada de provas, passou igualmente exemplificar a extensão do direito à prova.

7. Como as hipóteses que admitem a produção antecipada de provas são expressas em verdadeiras cláusulas gerais processuais e não são excludentes entre si, deve haver uma fungibilidade entre elas, admitindo ou prosseguindo na antecipação sempre que vislumbrado que qualquer um dos objetivos legais pode ser alcançado com a medida.

Momento da Antecipação de Prova em Relação à Ação Cognitiva

1. A produção antecipada de provas sem urgência pode se dar por ação autônoma com fundamento nos incisos II e III art. 381 do Código de Processo Civil ou por meio de um incidente processual com fundamento no inciso II do mesmo dispositivo.

2. Quando a antecipação da prova se der incidentalmente, ela deve ocorrer antes da fase instrutória do processo cognitivo, pois, caso contrário, não haveria propriamente qualquer “antecipação”.

O Requerimento de Produção Antecipada de Provas

1. Quando requerida em ação autônoma, o pedido de produção antecipada de provas deve se dar por petição inicial que deve conter os elementos genéricos de qualquer petição inicial e a indicação do conflito que pode ser solucionado por meios autocompositivos de solução de controvérsias ou da ação que será justificada ou evitada.

2. Quando requerida incidentalmente, o pedido de antecipação da prova pode ser formulado por simples petição ou, ainda, em qualquer outra peça processual, não havendo qualquer formalidade específica prevista pela lei.

3. Independentemente de como requerida, o requerente da produção antecipada de provas deve indicar em sua petição alguns elementos específicos.

4. É necessário, para a admissão da antecipação da prova sem urgência, a indenização das razões que justificam a necessidade da medida, em claro diálogo com os incisos do art. 381 do CPC/15.

5. Como na produção antecipada de provas estão em jogo direitos como a intimidade, vida privada, sigilo, dentre outros, o requerente da medida deve indicar, ainda, com a maior precisão possível os fatos sobre os quais devem recair os meios de prova.

6. A despeito do silêncio da lei, o requerente deve indicar em sua petição qual o meio de prova apto a demonstrar a verdade dos fatos, sendo esse um elemento essencial para se determinar a idoneidade da medida e como será se dará o procedimento até a produção da prova. Por fim, destaca-se que o princípio da atipicidade das provas aplica-se normalmente aos procedimentos de antecipação probatória.

Ação Probatória Autônoma

1. A ação autônoma de produção antecipada de provas tem natureza jurídica de jurisdição voluntária, pois o Poder Judiciário não é, aqui, chamado a dirimir qualquer conflito, mas sim para produzir prova sobre determinado fato, documentando-o.

2. Como corolário do princípio da comunhão da prova, a ação de produção antecipada de provas beneficia a todos os interessados indistintamente, permitindo, inclusive, que a prova produzida seja utilizada em detrimento de quem a requereu. Nesses termos, pode ser classificada como uma “ação dúplice”.

3. A despeito da literalidade da lei, o juiz competente para conhecer da ação de produção antecipada de provas sem urgência é aquele do foro mais conveniente para a medida e, em situações excepcionais nas quais não seja possível identificar com precisão aquele foro, a ação deve ser ajuizada no domicílio do réu. Se, contudo, esse não for conhecido, devem ser aplicadas as regras gerais de competência.

4. A ação de produção antecipada de provas não previne o juízo para conhecer de eventual e futura ação cognitiva na qual a prova será empregada, e também não deve haver a reunião dos feitos na pessoa do “juiz-instrutor” em homenagem ao princípio da identidade física do juiz. Contudo, por razões práticas, é aconselhável que a ação de conhecimento seja distribuída ao mesmo juiz que conheceu a ação de produção antecipada de provas quando ambos os feitos tiverem de tramitar na mesma comarca ou subseção judiciária.

5. Quem quer que demonstre legítimo interesse é competente para requerer produção antecipada de provas, pois a medida gravita entorno da prova em si mesma considerada e da utilidade que ela apresenta para a situação de direito material de fundo, sendo irrelevante de quem provenha a iniciativa de sua produção.

6. Devem ser chamados para participar da ação de produção antecipada de provas todos aqueles que tenham algum interesse na produção daquela prova, o que pode ser feito inclusive de ofício pelo magistrado.

7. Aquele de quem se exige alguma atividade de pré-constituição da prova tem, em menor ou maior medida, atingida sua esfera jurídica e, portanto, ele deve ser considerado como o ocupante do “polo passivo” da ação aqui em estudo.

8. A causa de pedir da ação de produção antecipada de provas guarda certa relação com o plano de direito material, de modo que se exige que o requerente explicita a situação que gera o interesse na medida.

9. O pedido da ação de produção antecipada de provas consiste apenas em exigir que o Estado-Juiz produza determinada prova. Não se admite a cumulação de qualquer pedido de natureza diversa, visto que o procedimento da referida ação é inadequado para tanto.

10. O valor da causa será livremente atribuído pelo requerente da medida, não devendo coincidir necessariamente com o valor da causa que seria atribuído ao processo de conhecimento no qual a prova seria empregada.

11. A superveniência do processo declaratório não deve, como regra, influenciar no andamento da ação de produção antecipada de provas já existente quando do ajuizamento daquela demanda.

12. A sentença da ação de produção antecipada de provas é meramente homologatória, sendo vedado ao magistrado se manifestar sobre a ocorrência ou inoocorrência dos fatos probandos.

13. Quanto às custas, às despesas e honorários advocatícios, a situação aqui é peculiar: de um lado, é incontestável que a medida beneficia invariavelmente a todos os interessados, mas, de outro, as custas e despesas processuais daí decorrentes não podem ser

simplesmente divididas entre aqueles que não tinham qualquer interesse e não provocaram a antecipação da prova. Ademais, não pode haver condenação em honorários advocatícios de sucumbência se não houver a instauração de uma lide, com alguma resistência a produção da prova.

14. Finda a ação de produção antecipada de provas, poderão ser extraídas certidões pelos interessados e os autos serão entregues ao requerente originário.

A Antecipação Incidental da Prova

1. A antecipação incidental da prova, por ser mero incidente processual, é realizada perante o magistrado que preside o processo já existente. Se já em trâmite ação de conhecimento e for requerida a antecipação da prova por ação autônoma, não haverá prevenção, devendo as duas demandas se desenvolverem simultaneamente em diversos juízos, mormente quando essa última é ajuizada no foro conveniente. Essa regra deve ter apenas uma ressalva: quando ambas as ações tiverem que tramitar no mesmo foro ou subseção judiciária é recomendado, por questões de ordem prática, a união dos feitos sobre o mesmo juízo.

2. É possível que haja a antecipação incidental da prova por requerimento das partes, desde que antes da fase instrutória do processo.

3. É possível que o juiz determine, de ofício, a produção antecipada de provas visando fomentar a solução consensual do conflito instaurado entre as partes.

4. A antecipação incidental da prova parece ser uma autorização legislativa de flexibilização procedimental legal alternativa, permitindo que as partes ou o juiz antecipe, total ou parcialmente, a fase instrutória do processo.

5. Não é necessária a formação de novos autos para a produção incidental da prova, contudo, visando evitar tumulto processual, o juiz pode determinar que a documentação das diligências probatórias se dê de maneira apartada.

Comportamento dos Interessados

1. A vedação de defesa na produção antecipada de provas impede a instauração de discussão sobre os fatos probandos, mas não impede que os interessados participem amplamente da produção da prova, requeiram a produção de outras provas ou de contraprovas e levantem questões de ordem pública

2. Podem os interessados requerer a produção de provas no mesmo processo, sendo que essa podem recair sobre os mesmos fatos delimitados pelo autor ou, ainda, sobre outros fatos relevantes para esclarecer a situação de direito material

Recursos (Art. 382, §4º Segunda Parte)

1. O tratamento legislativo dos recursos cabíveis na produção antecipada de provas é confuso e contraditório, mas deve ser prestigiada a regra específica do art. 382, §4º que prevalece sobre as diversas regras sobre os recursos em geral.

Benefícios da Produção Antecipada de Provas

1. Sob a rubrica de “produção antecipada de provas” o novo Código de Processo Civil reuniu sobre o mesmo instituto todas as vias de produção antecipada de provas que já haviam sido identificadas no Código Buzaid, sistematizando e simplificando o processo civil pátrio.

2. A produção antecipada de provas sem urgência mostra-se imprescindível para a adequada operacionalização dos princípios da eventualidade e da congruência, fornecendo meios idôneos e racionais ao adequado cumprimento desses postulados.

3. Como a má-fé processual não prescinde da aferição de dolo e culpa, a pré-constituição da prova mostra-se imprescindível para aferir se houve ou não o descumprimento do dever de veracidade.

4. O instituto da Tutela da Evidência mostra-se como campo fértil ao desenvolvimento da produção antecipada de provas que pode ser utilizada como um instrumento de pré-constituição da prova e tornar mais fácil a caracterização das hipóteses previstas nos incisos do art. 311 do CPC/15

5. O mandado de segurança exige, já na sua impetração, prova pré-constituída do direito do autor, que pode ser obtida mediante a produção antecipada de provas. No mais, como a prova pré-constituída não se confunde com a prova documental, a produção antecipada de provas pode ser um importante instrumento para alargar as situações que podem ser tuteladas pelo *writ*, permitindo, p. ex., que o mesmo seja instaurado com provas orais.

6. A novo Código de Processo Civil passou a admitir expressamente que a prova oral pré-constituída mediante ação de produção antecipada de provas é apta a permitir o ajuizamento de ação de ação monitória. Ademais, como a apelação da sentença que decide os embargos monitórios não é dotada de efeito suspensivo *ope legis*, a ação de produção antecipada de provas parece ganhar sensível relevância.

7. A produção antecipada de provas pode evitar a formação da coisa julgada *sucundum eventum litis vel probationis* nas ações coletivas ao permitir, ainda antes do ajuizamento da demanda, um melhor conhecimento dos fatos. Em adição, caso tenha sido

formada uma coisa julgada *sucundum eventum litis vel probationis*, a ação de produção antecipada de prova permite a busca pela “prova nova” apta reabrir a discussão sobre o litígio, tudo de maneira mais racional e econômica.

8. A ação rescisória também pode se beneficiar com a produção antecipada de provas sem urgência, em especial naqueles casos em que se faz necessária a busca de prova ignorada do processo de conhecimento.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Nádia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 1.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: procedimento ordinário e sumário**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Vol. 2, Tomo I.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar, procedimentos cautelares específicos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013b. Vol. 4.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: recursos. Processos e incidentes nos Tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013a. Vol. 5.
- CAHALI, Yussef Said. **Honorários advocatícios**. 3ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997.
- CAIS, Cleide Previtalli. **O processo tributário**. 6ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 15ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. Vol. II.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 16ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Vol. III.
- CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. 1ª Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2001.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

- CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. 2ª Ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.
- CARVALHO, Paulo de Barro. **Curso de direito tributário**. 23ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 3ª ed. São Paulo: Bookseller, 2002, Vol. III
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. Tutela da evidência no projeto do novo CPC – uma análise dos seus pressupostos. In ROSSI, Fernando *et al* (org.). **O futuro do processo civil no Brasil**: uma análise crítica ao projeto do novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da; AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. A mediação e a conciliação no projeto do novo CPC: meios integrados de resolução de disputas. In FREIRE, Alexandre *et al.* (Org.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Vol. 3. São Paulo: JusPodivm, 2014
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Breves notas sobre a regra da identidade física do juiz. In: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Provas**: aspectos atuais do direito probatório. São Paulo: Método, 2009.
- DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. **Ações probatórias autônomas**: produção antecipada de prova e justificação. Revista de Processo, São Paulo; Vol. 218, p. 13, Abr. 2013.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Apontamentos para a concretização do princípio da eficiência do processo. In FREIRE, Alexandre *et al.* (Org.). **Novas tendências do processo civil**:

estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. São Paulo: JusPodivm, 2013d.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Cláusulas gerais processuais**. [Bahia], 20--.Disponível em www.frediedidier.com.br. Acesso em 15 de fevereiro de 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. Vol. I. 15ª Ed. Bahia: JusPodium, 2013b.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 8ª Ed. Vol. 2. Bahia: JusPodium, 2013c.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Intervenção de terceiros**, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. I. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013b.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. II. 6ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. III. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005

FADEL, Sérgio Sahione. **Código de Processo Civil comentado: processo de execução, processo cautelar, dos procedimentos especiais, das disposições finais e transitórias**. Vol. 2. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3ª ed. Curitiba: Positivo, 2004

- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.
- FREIRE, Alexandre *et al.* (Org.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: JusPodivm, 2013
- FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil: processo de conhecimento**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. 2007. 285 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2007.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Novo CPC: Vale apostar na conciliação/mediação?**. 2015. Disponível em <http://jota.info/novo-cpc-vale-apostar-na-conciliacaomediacao>. Acesso em 31 de julho de 2015.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **O Novo CPC não é o que queremos que ele seja**. 2015b. Disponível em <http://jota.info/o-novo-cpc-nao-e-o-que-queremos-que-ele-seja>. Acesso em 04 de agosto de 2015.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral**. São Paulo: Forense, 2015c.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Vol. 3.
- GRECO, Leonardo. A prova no processo civil: do código de 1.973 ao novo Código Civil. In: **Scientia Iuris**. V. 5/6. 2001/2002
- JANSEN, Euler Paulo de Moura. **A verdade formal e a real têm relacionamento harmônico**. 2008. Disponível em http://www.conjur.com.br/2008-jun-05/verdade_formal_real_relacionamento_harmonico. Acesso em 12 de agosto de 2015.
- KENNY, Anthony. **Uma nova história da filosofia ocidental**. Voluma IV: Filosofia no mundo moderno. São Paulo: Loyola, 2009

- MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. Franca: UNESP-FHDSS, 2005.
- MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia**. 2ª Ed. Tradução: Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.
- MARCANTONIO, Jonathan Hernandez. A virada linguística e os novos rumos da Filosofia. **Revista da Faculdade de Direito** (São Bernardo do Campo), v. 04, p. 114-132, 2007.
- MARIN, Jeferson Dytz; LUNELLI, Carlos Alberto. O Direito e a Viragem Linguística do Século XX: as bases do discurso jurídico. **Scientia Iuris**, Londrina, Novembro de 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. 7ª Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013. Vol. 1.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: Processo de conhecimento**. 8ª Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010. Vol. 2.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: Processo cautelar**. 2ª Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O projeto do CPC: críticas e propostas**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010
- MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 1ª Ed. São Paulo: Millennium, 1999. Vol. 5.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Prova dividida**. 2013. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/prova-dividida/11974>. Acesso em 25 de agosto de 2015.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1999.

- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses.** 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Processo civil moderno: Procedimentos cautelares e especiais.** São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013. Vol. 4.
- MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais.** 33ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante.** 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas.** 2006. 442 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.
- NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Humano, demasiado humano: um livro para espíritos livres.** Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro; LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. Vol. III (art. 813 a 889), tomo II.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto de. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo.** 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010
- PENTEADO, Luciano de Camargo. **Figuras parcelares da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium.** Revista de Direito Privado (São Paulo). São Paulo, v. 27, n.1, p. 252-278, 2006
- PITT, Gioconda Fianco. Dever de veracidade no Processo Civil brasileiro e a sua relação com o instituto da *discovery* do processo norte-americano da *common law*. In KNIJNIK,

Danilo (Coord.), et al. **Prova judiciária: estudos sobre o novo direito probatório.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1974. Tomo V.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 1976. Tomo XII.

RANGEL, Marco Aurélio Scampini Siqueira; MENEZES, Pedro Henrique da Silva. Análise Comparativa entre o Regime de Produção Antecipada de Provas no Projeto do Novo CPC Brasileiro e o CPC Português de 2013. **RIDB - Revista do Instituto do Direito Brasileiro - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, Ano 3 (2014), p. 3761-3792. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/home.php>. Acesso em 24 de julho de 2014.

REALE, Miguel. **Introdução à filosofia.** São Paulo: Saraiva, 2004.

ROSSI, Fernando *et al.* (Coord.). **O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do novo CPC.** Belo Horizonte: Fórum, 2011

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e no comercial.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 35ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de processo civil.** 3ª Ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2000. Vol. 3.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual.** 3ª ed. São Paulo: Método, 2014

TESHEINER, José Maria Rosa. **Jurisdição voluntária.** 1ª Ed. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** 54ª Ed. São Paulo: Ed. Forense, 2013. Vol. 1.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 23ª Ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Feres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie. **Novo Código de Processo Civil conseguiu raro consenso de processualistas**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-05/cpc-raro-consenso-processualistas>)

WATANABE, Kazuo. **Política pública do Poder Judiciário Nacional para o tratamento adequado dos conflitos de interesse**. [São Paulo], 201-. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>
- Acesso em 26 de agosto de 2014

YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009.

ZUFELATO, Camilo. **Coisa julgada coletiva**. 2008. 564 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo, 2008.

ZUFELATO, Camilo. **Novas tendência sobre o ônus da prova e o Projeto de Novo CPC**. Carta Forense, 2012. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/>.

