

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

DAVID SIMON NASLAVSKY AGUIAR

A DEFESA NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS:
um estudo sobre os limites do art. 382, §4º, do CPC.

Trabalho de conclusão de curso

SÃO PAULO

2024

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL

DAVID SIMON NASLAVSKY AGUIAR

A DEFESA NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS:
um estudo sobre os limites do art. 382, §4º, do CPC.

Trabalho de conclusão do curso, sob orientação do Prof. Dr. Heitor Vitor Mendonça Sica, apresentado ao Departamento de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a aprovação na disciplina Trabalho de Conclusão de Curso II e a obtenção do título de bacharel em Direito.

Trabalho de conclusão do curso

SÃO PAULO

2024

AGRADECIMENTO

Ao meu avó Israel, que me ensinou o que é ser um *mensch*.

RESUMO

A ação de produção antecipada de provas foi uma novidade do Código de Processo Civil de 2015. Embora o novo instituto se alinhe aos objetivos de redução da litigiosidade e de fomento de soluções autocompositivas, há problemas em sua aplicação, a exemplo da vedação ao oferecimento de defesa ou recurso, prevista no art. 382, §4º, do CPC/15.

Este trabalho visa a organizar o conhecimento da ação de produção antecipada de provas, de modo a se compreender os limites da vedação à defesa. Para tanto, serão feitas pesquisa doutrinária e jurisprudencial a respeito do direito autônomo à prova, da ação de produção antecipada de provas e dos limites ao exercício da defesa.

ABSTRACT

The action for the early production of evidence was a novelty of the 2015 Code of Civil Procedure. Although this new mechanism aligns with the objectives of reducing litigation and promoting amicable resolutions, there are issues in its application, for example the prohibition of defense stipulated in Article 382, §4, of the 2015 Code of Civil Procedure.

This work aims to organize the knowledge of the early production evidence in order to understand the limits of the prohibition against defense. For this purpose, doctrinal and jurisprudential research will be conducted regarding the autonomous right to evidence, the action for the early production of evidence, and the limits on the exercise of defense.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| Introdução..... | 7 |
| 2. A ação de produção antecipada de provas e o direito autônomo à prova..... | 8 |
| 2.1 Uma breve história..... | 8 |
| 2.2. Teorizações do direito autônomo à prova e da ação de produção antecipada de provas desvinculada da urgência | 10 |
| 2.2.1 A tese de Daniel Amorim Assumpção Neves..... | 10 |
| 2.2.2 A tese de Flávio Luiz Yarshell | 12 |
| 2.3 Da distinção ente direito de provar e direito à prova e suas consequências de exercício..... | 15 |
| 2.4 A natureza da produção antecipada de provas: atividade de jurisdição voluntária ou contenciosa?..... | 19 |
| 2.5 Natureza dúplice da ação de produção antecipada de provas | 21 |
| 3. As partes na produção antecipada de provas | 22 |
| 3.1. Requerente e requerido | 22 |
| 3.2 Citação do réu para exercício do direito de defesa | 23 |
| 3.3 A citação para dar eficácia e estabilidade à prova produzida antecipadamente ... | 24 |
| 3.4 Intervenção de terceiros | 26 |
| 4. A causa de pedir na produção antecipada de provas | 28 |
| 4.1 A delimitação da causa de pedir na ação de produção antecipada de provas | 30 |
| 4.2 A causa de pedir na hipótese do art. 381, I, do CPC. | 32 |
| 4.3 A causa de pedir na hipótese do art. 381, II, do CPC | 34 |
| 4.4 A causa de pedir na hipótese do art. 381, III, do CPC..... | 34 |
| 5. O pedido na produção antecipada de provas: a tutela do direito autônomo à prova .. | 36 |
| 5.1 O pedido contraposto | 38 |
| 6. Os parâmetros de controle para a defesa | 39 |
| 6.1 Contraditório, ampla defesa e recursos..... | 39 |
| 6.2 Interpretações do art. 382, §4º, do CPC..... | 40 |
| 6.3 Defesas processuais | 41 |
| 6.3.1 Defesas processuais dilatórias em espécie..... | 42 |
| 6.3.2 Defesas processuais peremptórias em espécie..... | 44 |
| 6.4 Defesas de mérito..... | 47 |
| 6.4.1 As condições da ação na ação de produção antecipada de provas..... | 49 |
| 7. Jurisprudência | 53 |
| 8. Conclusão | 59 |
| Bibliografia..... | 60 |

INTRODUÇÃO

Para alcançar maior efetividade processual, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC) positivou o direito autônomo à prova. De modo a tutelá-lo, alargou as hipóteses de cabimento da ação de produção antecipada de provas, que antes se limitava à urgência¹.

Nesse sentido, o artigo 381, incisos II e III, do CPC, permite a produção antecipada de prova quando: “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito” ou “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”. Em outras palavras, basta o autor provar o seu direito autônomo à prova para que, sem urgência, a medida de antecipação seja deferida.

A mudança legislativa considerou valores do processo civil moderno, a exemplo da pacificação social, da duração razoável do processo e do acesso à justiça. Deixou-se de lado a função estritamente processual, isto é, da prova que unicamente serve ao convencimento do juiz, para se admitir seu uso estratégico e informacional pelas partes.

Por outro lado, a produção antecipada de provas não está isenta de problemas. Um tópico sensível é a vedação ao oferecimento de defesa ou recurso, prevista no art. 382, §4º, do CPC, cujas limitações serão estudadas neste trabalho.

A premissa deste trabalho acompanha a doutrina que, demonstrar-se-á, entende que a interpretação desse artigo deve ser não literal. No processo civil moderno, no qual tanto autor quanto o réu recebem tutela jurisdicional pelo exercício do direito de defesa², não é lícito limitar o direito de defesa, privilegiando-se o autor apenas por haver ele iniciado o processo.

¹ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Comentários ao Código de Processo Civil – volume VIII – tomo I – artigos 369 a 404 – das provas: disposições gerais. In: FONSECA, João Francisco Naves et al. (coords.) Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Livro digital.

² “Mediante o exercício do direito da ação o autor pede justiça, reclamando algo contra o réu; e este através da exceção pede justiça, solicitando a rejeição do pedido. Tanto como o direito de ação, a defesa é um direito público subjetivo (ou poder) constitucionalmente garantido como corolário do devido processo legal e dos postulados em que se alicerça o sistema contraditório do devido processo legal” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo – 31ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. pp. 311/313.)

Mas, não é possível ignorar o texto legal. Há limitações à defesa, que devem corresponder ao que é o direito autônomo à prova e a ação de produção antecipada de provas.

Sendo assim, numa perspectiva de compreender os limites da defesa, esse trabalho estudará o direito autônomo à prova e da ação de produção antecipada de provas, de modo a se propor limites da defesa à luz das peculiaridades desse novo instituto.

Como metodologia, trabalhar-se-á com revisão doutrinária a respeito da compreensão dos institutos, de modo a alcançar uma síntese que consistirá na teorização a respeito dos limites da defesa. Pontualmente, será analisada a jurisprudência para compreender o estágio atual do debate a respeito do exercício da defesa na produção antecipada de provas.

2. A AÇÃO DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS E O DIREITO AUTÔNOMO À PROVA

2.1 Uma breve história

A produção antecipada de provas, também conhecida como produção de prova *ad perpetuam rei memoriam*, ou seja, para perpetuar a memória do fato, possui origem no direito romano. É possível encontrar trechos das Pandectas de decisões que autorizavam o recolhimento da prova antecipadamente, mas no curso de um processo, para resolver uma lesão de direito já ocorrida³.

No direito brasileiro, o embrião da produção antecipada de provas está nas Ordenações Afonsinas, posteriormente se fazendo notar nas Ordenações Manuelinas e

³ Fragmento traduzido livremente pelo autor da novela 90, cap. IX, do Edito de Justiniano: "Sabemos muitas vezes que algumas pessoas, seja entre os defensores locais, seja entre os ilustres presidentes das Províncias, ou talvez, como é costume aqui, perante um homem ilustre no cargo de magistrado, entram com queixas alegando que estão sofrendo alguma violação das leis, sendo prejudicados de alguma outra forma, ou que foram prejudicados de alguma forma, desejando apresentar testemunhas para que não lhes sejam opostas as ações já tomadas por uma das partes. Deve-se também ordenar que aquele que está na cidade onde os testemunhos são apresentados, seja advertido pelo juiz ou pelo defensor, a estar presente e ouvir os testemunhos. Se, no entanto, ele se recusar a comparecer e rejeitar que os testemunhos sejam prestados de uma só parte, para que, com base nisso, sejam considerados inúteis, determinamos que tais testemunhos devem ser tratados como se não tivessem sido prestados por uma só parte, mas como se tivessem sido feitos na presença dele." (SANTOS, Moacyr Amaral. Prova Judiciária no Cível e Comercial vol. I – Parte Geral. São Paulo: Editora Max Limonaïd, 1940. pp. 295/299).

nas Ordenações Filipinas⁴. Nessas codificações, a produção antecipada de prova era admitida em hipóteses de risco de perecimento⁵, isto é, uma utilização estritamente cautelar⁶.

Contudo, é interessante notar que nas Ordenações Filipinas havia texto legal que possibilitava a produção antecipada de provas, especificamente a colheita de prova testemunhal, sem *periculum in mora*⁷. Ou, como coloca Daniel Amorim Assumpção Neves, um *periculum in mora* em acepção abrangente, que não é entendido como o risco do perecimento da prova, mas como o risco ao resultado útil do processo que, sem aquela prova, não será realizado⁸.

De modo geral, é possível perceber que houve poucas mudanças na ação de produção antecipada de provas no direito brasileiro⁹. Ela sempre assumiu natureza cautelar, salvo quando o *periculum in mora* era entendido não como o risco de perecimento à prova em si, mas ao risco ao resultado útil do processo.

A mudança significativa ocorre com o advento da ação de produção antecipada de provas para tutela do direito autônomo à prova no Código de Processo Civil de 2015. A partir desse marco legal, consolidou-se *de lege lata* o direito autônomo à prova e a ação

⁴ As Ordenações Filipinas (1603), que sucederam as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Afonsinas (1456), foram codificações portuguesas em matéria civil, penal e processual adotadas no Brasil desde a colonização até 1917. (FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Produção antecipada da prova: procedimento adequado para a máxima eficácia e estabilidade. Londrina: Editora Thoth, 2023.)

⁵ “E se o autor, antes da demanda começada, requerer ao Julgador que lhe sejam perguntadas algumas testemunhas sobre a causa, que entenda demandar, alegando que são muito velhas, ou enfermas de grande enfermidade, ou estão aviadas para se partir para fora do Reino, e que seus ditos estejam cerrados para os dar em ajuda de sua prova e se abrirem para publicarem ao tempo, que com direito deva se fazer, mandá-la-á o Julgador perguntar, sendo ele primeiramente informado da dita velhice e enfermidade, ou longa ausência, e sendo outrossim a parte contrária citada, para ver como juram, em sua pessoa, se puder ser achada, se não à porta de sua casa, presente sua mulher, ou vizinhança, que lho ajam de notificar” (Ordenações Filipinas, Livro 3º, Título 55, §7º)

⁶ José Roberto dos Santos Bedaque, explicando a classificação de Calamandrei, afirma que uma das modalidades de tutelas cautelares se trata de “atos instrutórios antecipados”. São atos de produção de prova antecipados no procedimento, sempre que houver risco ao resultado da atividade, com a finalidade de conservá-los e garantir o resultado da instrução. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Provisória – 6ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2021. p. 164)

⁷ “E se por parte do réu for feito semelhante requerimento, ainda que as testemunhas não sejam velhas nem enfermas, nem esperem ser ausentes, serão perguntadas, em todo caso, sendo a parte citada em sua pessoa, ou em sua casa, para ver como juram, e as inquirições cerradas, assim como dito é no requerimento, feito por parte do autor: porque o réu não sabe quando lhe será feita a demanda, nem está em seu poder de lhe ser feita tarde ou cedo; e se assim não forem perguntadas as testemunhas em todo o tempo por ele requerido, poderão falecer ao tempo da demanda feita e perecer seu direito” (Ordenações Filipinas, Livro 3º, Título 55, §8º)

⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ações probatórias autônomas. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 44.

⁹ Para uma análise do desenvolvimento histórica da produção antecipada de provas no direito brasileiro, v. FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Produção antecipada da prova: procedimento adequado para a máxima eficácia e estabilidade. Londrina: Editora Thoth, 2023, pp. 19/36.

antecipada de provas.

2.2. Teorizações do direito autônomo à prova e da ação de produção antecipada de provas desvinculada da urgência

Pode-se sintetizar que, até recentemente, houve poucas mudanças na produção antecipada de provas¹⁰. As técnicas de antecipação de prova estavam amarradas à lógica da tutela cautelar, sendo admitidas apenas quando houvesse risco ao perecimento da prova, isto é, *periculum in mora*.

Nesse sentido, são notáveis as contribuições de Daniel Amorim Assumpção Neves e de Flávio Luiz Yarshell, embora cada uma com razões distintas, à teorização do direito autônomo à prova e à ação de produção antecipada de provas.

2.2.1 A tese de Daniel Amorim Assumpção Neves

Daniel Amorim Assumpção Neves, em tese de doutorado defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, no ano de 2006, afirma que todas as medidas probatórias previstas no Código de Processo Civil (à época, o Código de Processo Civil de 1973) têm natureza cautelar, ainda que o *periculum in mora* tenha de ser compreendido de modo diverso.

Amparando-se nas definições clássicas de processo cautelar¹¹, que o concebem

¹⁰ Ensina Moacyr Amaral Santos, em obra escrita na vigência do Código de Processo Civil de 1939, haver três tipos de provas *ad perpetuam rei memoriam*, isto é, produzidas antecipadamente: a. propriamente preventivas; b. preparatórias de ação; e c. preventivas incidentes. A diferença entre as modalidades diz respeito à finalidade: na preventiva, visa-se resguardar um direito, prevendo-se a possibilidade de sua violação. Na preparatória, há a percepção da violação, e a produção antecipada visa a colher elementos que subsidiarão a demanda. As preventivas incidentes, por sua vez, são tomadas no curso de uma demanda (por isso incidentes), e tencionam evitar o perecimento da prova fundamental à resolução do litígio. V. SANTOS, Moacyr Amaral. Prova Judiciária no Cível e Comercial vol. I – Parte Geral. São Paulo: Editora Max Limonaïd, 1940. pp. 295/299.

¹¹ “Hay, pues, en las providencias cautelares, más que la finalidad de actuar el derecho, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la providencia definitiva que servirá a su vez para actuar el derecho. La tutela cautelar es, en relación al derecho sustancial, una tutela mediata: más que a hacer justicia contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia” (CALAMANDREI, Piero. Providencias Cautelares. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1984. p. 45.)

como instrumento do instrumento¹² e reconhecem a instrumentalidade como hipotética¹³, traz teorização em defesa do direito autônomo à prova de natureza processual.

Seria possível perceber que as medidas cautelares, sempre que auxiliarem em soluções extrajudiciais, terão contribuído indiretamente para a eficácia do resultado do processo principal. Não poderiam ser consideradas instrumento do instrumento, já que não teria havido processo principal, mas teriam surtido efeitos de igual dimensão à se o processo principal tivesse se instaurado e o bem da vida concedido.

Ao comparar o direito estrangeiro com o brasileiro, o autor percebe que a regra legislativa e doutrinária era a exigência de *periculum in mora* – entendido como risco de perecimento da prova – para o deferimento da medida cautelar probatória. É a partir dessa premissa que a crítica e a proposta de inovação são feitas.

A premissa baseia-se no equívoco da compreensão de *periculum in mora* na ação de produção antecipada de provas pela doutrina. Esta definição seria entendida como o risco de perecimento da prova, de modo que ela não pudesse ser produzida no processo principal (razão pela qual o termo até então usado era a “asseguração da prova”)¹⁴.

O problema estaria a partir do distanciamento do conceito tradicional de *periculum in mora* no processo cautelar, que deveria ser compreendido como o risco ao resultado útil do processo principal. Segundo o critério clássico, portanto, nenhuma medida cautelar probatória teria natureza verdadeiramente cautelar¹⁵, já que apenas acautelam a produção da prova, não o resultado útil do processo.

¹² “A característica especial de instrumentalidade no processo cautelar deve-se justamente ao fato de que ele não serve de instrumento para a obtenção do bem, mas sim para tornar possível tal obtenção” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 23.)

¹³ “O que se pretende demonstrar é que nem sempre existirá o processo principal, sendo possível imaginar que, diante da concessão da tutela cautelar, o derrotado nesse processo simplesmente cumpre sua obrigação, de modo a satisfazer completamente o direito da parte que foi contemplado pela tutela de garantia. (...) Parece inegável, entretanto, que, em todas as hipóteses de acautelamento, o direito pode ser satisfeito voluntariamente, o que demonstra, de maneira absolutamente clara, ser a instrumentalidade sempre hipotética” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. pp. 24/25.)

¹⁴ “A doutrina tradicional, de forma praticamente uníssona, entende que a única justifica plausível para que as provas sejam produzidas antes do momento adequado e por meio de ação autônoma de natureza cautelar é divorciar-se efetivamente da eficácia ou da utilidade do resultado final, de modo a centrar-se não nos efeitos da decisão final, mas sim no seu conteúdo, que é o objeto de análise quanto ao que se estará garantindo. Isso significa dizer que a prova, se não fosse produzida anteriormente e não pudesse sê-lo no momento adequado, impediria o juiz de tomar o conhecimento dos fatos, bem como, por consequência, impedi-lo-ia de julgar favoravelmente à parte que tem razão (...)” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 38.)

¹⁵ Neves menciona que há importante corrente na doutrina argentina que entende, pela compreensão de que o *periculum in mora* diz respeito apenas ao perigo de ineficácia do processo, que as medidas antecipadas de produção de prova não teriam nunca natureza cautelar. (Idem, pp. 37/38.)

Desse modo, seria necessário deixar de lado a visão limitada do *periculum in mora* “probatório” e aproximar-se do *periculum in mora* tradicional, que, como dito, é mensurado conforme a utilidade da medida antecipatória ao resultado útil do processo. Isso significa entender que, em razão da instrumentalidade hipotética, mesmo que a prova produzida antecipadamente não contribua para o conteúdo da decisão final, ela poderá contribuir para a utilidade do processo, o que significaria um preenchimento do requisito do *periculum in mora* da tutela cautelar tradicional¹⁶.

A conclusão de Daniel Amorim Assumpção Neves é que todas as ações probatórias autônomas têm natureza cautelar, mas essa natureza deve ser entendida de modo diverso, “modificando o ângulo de visão a respeito do *periculum in mora*”¹⁷. Este deve ser compreendido não como só como risco de perecimento da prova, mas como risco ao resultado útil do processo, o que viabilizaria as ações probatórias autônomas sempre que fossem aptas a promover o conhecimento dos fatos num processo futuro.

Sendo assim, seria possível aumentar o âmbito de possibilidades das ações probatórias autônomas (hoje unificadas segundo a ação de produção antecipada de provas), o que contribuiria para a maior compreensão dos fatos e, consequentemente, a redução da litigiosidade infundada.

2.2.2 A tese de Flávio Luiz Yarshell

Flávio Luiz Yarshell, em tese apresentada no concurso para o cargo de professor titular da Faculdade de Direito da Universidade, no ano de 2009, nomeada “Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo da prova”, também realiza eloquente defesa da ação de produção antecipada de provas, mas por razões distintas.

O argumento em defesa do direito autônomo à prova é construído com base em premissas da Teoria Geral do Processo, da Teoria Geral das Provas e da finalidade jurisdicional do processo como instrumento de pacificação social.

¹⁶ “Se a prova produzida for de tamanha robustez que leve a parte contrária ao reconhecimento jurídico do pedido extrajudicialmente (submissão), com o consequente cumprimento da obrigação, mesmo sem o processo principal, a parte terá seu direito material satisfeito, de forma ampla e irrestrita, de maneira que se atinge justamente o objetivo perseguido pela tutela cautelar” (Idem, p. 41.)

¹⁷ Idem, p. 42.

A premissa consiste em reconhecer que se a parte pode provocar a jurisdição, conceituada como a atuação do Estado para pacificar conflitos com justiça¹⁸, através do exercício do direito de ação, conceituado como o direito subjetivo de provocar a jurisdição para obtenção de pronunciamento sobre mérito ou realização de medida executiva que solucione o conflito¹⁹, não há por que negar o exercício do direito autônomo à prova²⁰.

Isso porque a prova não serve somente para provar alegações de fato e embasar a sentença do juiz. É também um importante elemento de obtenção do conhecimento e convencimento das partes²¹ que, ultimamente, facilita a obtenção de soluções para o conflito. Ou seja, reconhece-se atividade jurisdicional no exercício do direito à prova, o que justifica a possibilidade de provação do Estado para sua realização, ainda que não tivesse disposição expressa no ordenamento a seu respeito²².

Argumentando-se em termos práticos, não se deve esquecer que um dos maiores problemas do exercício da função jurisdicional de pacificar com justiça diz respeito à tensão perene entre busca de verdade, essencial para a correta qualificação dos fatos

¹⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo – 31^a edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2015. p. 165.

¹⁹ Idem, p. 285.

²⁰ “Vale dizer, se existe um direito de invocar um provimento jurisdicional de mérito pelo qual se declare o direito no caso concreto, parece existir também o direito de invocar um ato estatal de mera obtenção e pré-constituição de prova, desvinculado da declaração do direito. Ou, sob ótica ainda um tanto diversa, mas na mesma linha de raciocínio (de autonomia do direito à prova): o direito de ação, garantidor da chamada inafastabilidade do controle jurisdicional, pode também abranger o direito de invocar um provimento cujo objeto seja exclusivamente a produção de determinada prova” (YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 234).

²¹ “Claro es que, como lo vimos al tratar de su naturaliza, extraprocesalmente la prueba desempeña ciertas funciones importantes, tales como dar seguridad a las situaciones jurídicas y más comercialidad a los derechos reales y personales enajenables, lo mismo que prevenir y aun evitar los litigios.” (ECHANDÍA, Hernando Davis. Compendio de la prueba judicial – vol. I. Buenos Aires: Rubinzel – Culzoni Editores, 2000. p. 119.)

²² “Mais ainda: se o direito de ação pode ser entendido como o direito de estimular a jurisdição e se a atividade na produção antecipada da prova é, por tudo que se viu tipicamente jurisdicional, então, confirma-se que o direito à prova, com tal delineamento, encontra respaldo no próprio direito de ação, sendo, inclusive, irrelevante a inexistência de previsão expressa a respeito daquele (do direito à prova) no ordenamento jurídico” (YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 313.)

jurídicos e da norma aplicável, e o tempo, dado que a demora é o maior inimigo do direito²³.

O reconhecimento de um direito autônomo à prova contribui para a superação desse problema, na medida que as partes conseguem obter informações de modo mais célere, independentemente da existência de um processo para a declaração de direito material. Isso pode facilitar uma solução autocompositiva, justificar uma demanda que não seria ajuizada em tempo hábil ou, ao contrário, evitar uma demanda que não teria razão de ser²⁴. Há alinhamento, portanto, às finalidades da jurisdição²⁵.

Outro argumento interessante utilizado na construção de seu argumento é a identidade da ação de produção antecipada de provas com a atividade investigativa. Essa atividade não seria novidade no Brasil, já sendo exercida pela atividade do Ministério Público na investigação criminal ou no inquérito civil²⁶.

O direito de investigar do cidadão não poderia ser afastado pelos argumentos que veem no papel institucional do Ministério Público o titular exclusivo desse direito, haja vista a sua função de defesa imediata do interesse público e a sua suposta imparcialidade.

A uma, porque a defesa do interesse público ultimamente busca a pacificação social, o que também pode ser obtido quando a prova produzida exerce as funções extraprocessuais apontadas. A duas, porque além dessa imparcialidade ser fictícia (deve

²³ “Por isso é que em certas situações o angustiante desafio da tensão entre conhecimento e ignorância há de ser contornado e o sistema exige que o juiz se conforme e pacifique sem haver chegado ao ponto ideal de assimilação da verdade. A boa técnica processual incumbe o estabelecimento do desejado racional e justo equilíbrio entre as duas exigências opostas, para que não se comprometa a qualidade do resultado da jurisdição por falta de conhecimento suficiente, nem se neutralize a eficácia social dos resultados bem concebidos, por inoportunidade decorrente da demora” (DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo – 14^a edição. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 274)

²⁴ O legislador esteve atento a essa finalidade ao elaborar o art. 381, II e III, do CPC. A produção antecipada de provas (o procedimento para assegurar o direito à prova) será deferida quando “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução do conflito” (art. 381, II, CPC) e “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação” (art. 381, III, CPC).

²⁵ “(...) a existência – ou ciência dos interessados a respeito – de pessoas ou de coisas potencialmente geradoras de informações capazes de comprovar a veracidade de uma alegação (fontes de prova) não deixa de ser um dado capaz de, desde logo, interferir com a avaliação dos interessados, quer quanto a suas chances, quer, inclusive, quanto ao ônus da prova – entendido no sentido estritamente jurídico e, mais que isso, em seu significado de encargo econômico ou mesmo pessoal” (YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. pp. 40/41)

²⁶ Mesmo que haja argumentos a justificar a inextensibilidade de tais direitos às partes, dado o caráter único do Ministério Público de defesa da ordem jurídica, em especial dos direitos indisponíveis, Flávio Luiz Yarshell argumenta não haver razão para, à luz da paridade de armas e da função do processo de pacificação social, não se admitir que o direito de investigar seja atribuído também às partes. (Idem, pp. 222/231.)

haver impessoalidade, não imparcialidade), a produção antecipada de provas segue controlada pelo juiz, de modo a apenas vincular a parte contra quem é produzida após a sentença constitutiva da prova²⁷.

Por fim, argumenta que, ao tempo do Código de Processo Civil de 1973, a defesa do direito autônomo à prova já podia ser feita *de lege lata*, a partir da produção antecipada de prova, da justificação, da exibição de documentos e do arrolamento²⁸.

Dessa forma, Flávio Luiz Yarshell conclui pela existência de um direito autônomo à prova com respaldo do direito de ação, em trabalho que muito influenciou a ação de produção antecipada de provas no Código de Processo Civil de 2015²⁹

2.3 Da distinção entre direito de provar e direito à prova e suas consequências de exercício

A delimitação conceitual entre direito de provar e direito à prova útil auxilia a compreensão dos limites da defesa.

O direito de provar é o direito subjetivo da parte de levar a juízo elementos que tragam certeza sobre as alegações de fato controvertidas no processo, de modo a ser possível obter uma decisão favorável à sua pretensão. É direito processual que se relaciona ao direito material em disputa e que, dentro do âmbito do direito de ação, tem como sujeito passivo o Estado-juiz. É contra ele que a pretensão é exercida, cabendo-lhe deferir a produção de provas conforme a pertinência ao processo.

²⁷ “Em suma, não parece haver razão plausível, de forma universal ou mesmo se tomado em particular o ordenamento brasileiro, para que o direito à investigação – entendido como manifestação autônoma do direito à prova – seja exclusivamente reconhecido a órgãos estatais e, em particular, ao Ministério Público” (YARSELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. pp. 222/231)

²⁸ Idem, pp. 415/440.

²⁹ “(...) procurou-se demonstrar, até mesmo com alguma aspiração à universalidade, ser possível extrair do sistema processual – qualquer que seja ele, bastando que seja concebido como instrumento a serviço do exercício do poder estatal, na subespécie jurisdição – verdadeiro direito à produção preliminar ou à pré-constituição da prova mediante intervenção estatal” (YARSELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. pp. 309/310.)

Esse direito de provar seria um desdobramento dos direitos de ação e de exceção, corolário da garantia do devido processo legal³⁰. Quem prova, prova uma alegação de fato controvertida para embasar o pedido de declaração de um direito ou contrariá-lo³¹. Portanto, o direito de provar só seria admitido vinculado a essa finalidade, o que significa um âmbito de possibilidades limitado para o seu exercício.

Já o direito à prova relaciona-se com o direito autônomo à prova. Não há consenso sobre a sua natureza jurídica, se de direito processual³², material³³ ou direito processual material, também chamado de bifronte³⁴.

Na visão deste trabalho, é direito material, porquanto existe independentemente da existência de processo³⁵. A ação de produção antecipada de provas acontece quando há algum problema no seu exercício, a exemplo da resistência da pessoa contra quem se pretende produzir a prova, ou mesmo da ineficácia da prova produzida unilateralmente, dado que o contraditório é elemento que dá eficácia à prova produzida antecipadamente.

As diferenças entre ambos os direitos e as suas naturezas repercutem na sua instrumentalização e no exercício do direito de defesa.

Sendo o direito de provar um desdobramento do direito de ação, especialmente para obter a declaração de um direito, está condicionado ao exercício de uma pretensão e, portanto, ao processo. Como dito neste trabalho, quem exerce o direito de provar o exerce com finalidade a provar uma alegação de fato, de modo a aproximar o juiz da

³⁰ “Não se pode conceber um direito de provar que não seja associado ao exercício do direito de ação ou de defesa” (YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 223.)

³¹ ECHANDÍA, Hernando Davís. Compendio de la prueba judicial – vol. I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores. 2000. p. 87.

³² “(...) procurou-se demonstrar, até mesmo com alguma aspiração à universalidade, ser possível extrair do sistema processual – qualquer que seja ele, bastando que seja concebido como instrumento a serviço do exercício do poder estatal, na subespécie jurisdição – verdadeiro direito à produção preliminar ou à pré-constituição da prova mediante intervenção estatal” (YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. pp. 309/310.)

³³ “Não é correto afirmar que o direito à prova apenas se exerce no processo. Ele é um direito material e que habitualmente se exerce extraprocessualmente. Basta pensar nas situações em que alguém registra em fotografias o estado de seu veículo após um acidente, ou tira “print screens” da tela do celular, com o teor de conversas e mensagens eletrônicas, ou providencia a produção de uma ata notarial para a descrição de determinado exemplo” (NETO, João Luiz Lessa. Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. Londrina: Editora Thoth, 2021. p. 312)

³⁴ “É inerente ao direito processual material a convergência de normas substanciais e processuais a disciplinar os institutos, em si mesmos processuais, que preenchem as faixas de estrangulamento existentes entre os dois planos do ordenamento jurídico.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil – vol. I – 8^a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. p. 109.)

³⁵ NETO, João Luiz Lessa. Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. Londrina: Editora Thoth, 2021. pp. 110/111.

verdade para que, a partir disso, declare-se o pedido procedente ou, no caso do réu, improcedente.

Nesse sentido, o direito de provar é exercido no curso de uma ação declaratória de direito perante o juiz (processo de conhecimento), e deve ser aferido a partir de etapas comuns do direito probatório, a exemplo da proposição, admissão, produção e valoração³⁶.

A proposição significa, já no âmbito de um processo, a requisição de provas pelas partes, ou a determinação de sua realização pelo juiz (art. 370, do CPC). A admissão significa o deferimento das requisições pelo juiz, à luz da relevância e da legalidade (art. 370, parágrafo único, do CPC). A realização e a produção significam a extração do conhecimento das fontes buscadas³⁷. Por último, a valoração da prova seria a avaliação do julgador da convicção proporcionada pelas provas (art. 371, do CPC).

Percebe-se que há uma análise, realizada pelo juiz, da pertinência da prova que se pretende produzir com o direito material objeto do litígio. Além disso, faz-se um juízo de efetividade, no qual se veda a produção de provas inúteis ou meramente protelatórias. A defesa, portanto, deve se dar sobre as etapas do direito probatório.

No caso do direito à prova, pela sua natureza autônoma, que existe desvinculado de uma ação declaratória de direito (embora não independente), e de direito material, os parâmetros de controle de exercício na ação de produção antecipada de provas são distintos daqueles aplicados no direito de prova, quais sejam, relevância da prova e pertinência à alegação de fato que se pretende provar para a declaração de direito material.

O controle do exercício do direito autônomo à prova na ação de produção antecipada de provas se dá à luz do próprio direito de ação³⁸. Este, na dinâmica do art.

³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil – vol. III – 8^a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. pp. 101/104.

³⁷ “A realização das provas é o momento mais importante da experiência probatória das partes e do juiz no processo, tanto que o Código de Processo Civil reserva a ela uma fase específica no procedimento comum – a *fase instrutória*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil – vol. III – 8^a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. p. 103).

³⁸ “A medida probatória autônoma encontra fundamento no poder ou direito de ação (CF, art. 5º, XXXV), que tem amplitude suficiente para autorizar o interessado, sem propriamente invocar a declaração do direito material em dado caso concreto, a postular atuação estatal dirigida a busca, obtenção e produção de providências de instrução” (YARSELL, Flávio Luiz. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coords.) Breves Comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Livro digital – Comentários ao art. 381 a 383).

381, do CPC, dar-se-á quando o requerente justificar o seu interesse a partir do enquadramento da situação fática descrita a uma das hipóteses daquele artigo.

Nesse sentido, o direito à prova, ao implicar simplesmente a produção de prova, pode ser identificado como um direito potestativo, um verdadeiro poder de produzir a prova³⁹. Isso aproxima a ação de produção antecipada de provas da teoria concreta da ação de Chiovenda e repercute nos seus parâmetros de controle em oposição àqueles do direito de provar.

Por ser um direito concreto, há incindibilidade entre os juízos de admissão e de mérito. Diferentemente do direito de ação e do direito ao recurso, os quais são exercidos em abstrato, isto é, mesmo quando houver sentença de improcedência ou acórdão de desprovimento, o direito à prova apenas é exercido quando a prova é produzida⁴⁰. Nesse sentido, ou o requerente demonstra a viabilidade e admissibilidade da prova, hipótese na qual ela é produzida, ou não demonstra, e ela não é produzida⁴¹.

O juiz, para aferir a possibilidade de exercício ou não do direito à prova, deve verificar as condições da ação: legitimidade e interesse de agir (necessidade e adequação), além das limitações da vontade da lei, a não impedir o exercício do direito autônomo à prova (por exemplo, os óbices colocados pelas garantias de intimidade, de sigilo fiscal etc.)⁴².

Percebe-se que há diferenças marcantes para o exercício da defesa no direito de provar, a qual deve discutir a relevância da prova a respeito das alegações de fato na ação declaratória de direito, e no direito à prova, que deve se opor ao próprio exercício do direito de ação, a partir da verificação das condições da ação para o exercício da produção antecipada de provas e inexistência de impedimentos legais.

³⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 327.

⁴⁰ “Puede decirse que el derecho de probar se vincula a la pretensión y a la excepción, cuya naturaleza es concreta y persigue una decisión favorable, y no a la acción o al derecho de contradicción, ni al recurso, que son de naturaleza abstracta y tienen por objeto la decisión, favorable o no” (ECHANDÍA, Hernando Davis. Compendio de la prueba judicial – vol. I. Buenos Aires: Rubinzel – Culzoni Editores. 2000. p. 25.) É pertinente a distinção de Hernando Devís Echandía que, embora tratando de direito de provar, ressalta seu caráter concreto. Embora distintos, ambos direitos à prova e direito de provar possuem caráter concreto.

⁴¹ “Negado o direito à prova antecipada, o mérito já está julgado, de forma desfavorável ao autor. O direito à prova é, enfim, o direito a um provimento favorável, entendendo-se como tal a admissão e a produção antecipada da prova (de forma desvinculada da urgência)” (YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 338)

⁴² YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. pp. 322/323.

2.4 A natureza da produção antecipada de provas: atividade de jurisdição voluntária ou contenciosa?

Para qualificar o estudo dos limites da defesa, é necessário analisar a discussão que muito permeia a produção antecipada de provas: se a ação é de jurisdição voluntária ou contenciosa. Isso porque, quando o CPC previu a ausência de defesa ou recurso, parecia estar tratando de um procedimento de jurisdição voluntária, no qual o juiz meramente reconheceria o direito à prova.

Inicialmente, conceitua-se a jurisdição contenciosa como a pacificação social pela atuação do Estado que substitui a vontade da parte pela vontade do direito, mediante o processo. São marcantes, portanto, as naturezas substitutiva e instrumental, a primeira que substitui a vontade e a segunda que possibilita a atuação do direito no caso concreto⁴³.

Já a jurisdição voluntária diz respeito à atividade de “administração pública de interesses privados”, isto é, a conduta administrativa do Estado para dar validade a atos jurídicos privados que interessam à vida pública⁴⁴. Como exemplo de medidas de jurisdição voluntária destacam-se a notificação judicial, o casamento e a interdição⁴⁵.

É importante destacar que a mera controvérsia não é atributo suficiente de diferenciação. Por exemplo, a interdição é processo de jurisdição voluntária no qual pode haver controvérsia de interesses. Contudo, essa controvérsia⁴⁶ não recebe a qualificação jurídica de conflito, típico da jurisdição contenciosa, pois o juiz, caso decrete a interdição ou não, age no interesse do titular daquele interesse que a lei reputa socialmente relevante⁴⁷.

Quando houver controvérsia nos processos de jurisdição voluntária, as diferenças entre as partes serão dirimidas pelo princípio do contraditório. Este princípio, do mesmo

⁴³ MARCATO, Antonio Carlos. Procedimentos Especiais – 18^a edição. São Paulo: Editora Atlas, 2021. Livro digital – Item 4: Características da jurisdição voluntária.

⁴⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo – 31^a edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2015. pp. 188/192.

⁴⁵ Leonardo Greco destaca a jurisdição voluntária como atividade assistencial do Estado em benefício da convivência pacífica e harmoniosa de todos os cidadãos através da justa proteção dos seus interesses. GRECO, Leonardo. Jurisdição Voluntária Moderna. São Paulo: Editora Dialética, 2003. p. 21.

⁴⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo – 31^a edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2015, pp. 188/192.

⁴⁷ Idem, pp. 188/192.

modo, não desnatura a natureza voluntária de tais processos. No caso da produção antecipada de provas a doutrina tende avê-la de diferentes maneiras.

Fredie Didier Jr. defende que a produção antecipada de provas seria procedimento de jurisdição voluntária. As razões disso seriam a inexistência de vinculação da prova a uma alegação de fato sobre direito material e a procedência da ação que serve às duas partes, dado que ambas podem aproveitar a prova produzida. A circunstância de controvérsia não desnaturaria essa natureza, haja vista que a litigiosidade potencial sempre ocorre nesses procedimentos⁴⁸.

Em sentido contrário, Arthur Ferrari Arsuffi defende que a produção antecipada de provas teria natureza de demanda contenciosa autônoma. Isso estaria evidenciado pela determinação para que o juiz cite o interessado, salvo se inexistente caráter contencioso, para se manifestar sobre a produção. Admite-se, dessa forma, o caráter contencioso⁴⁹, que pode se dar sobre a extensão, os limites e a urgência da produção antecipada, quando for solicitada sob este fundamento.

Também impossibilidade de a considerar procedimento de jurisdição voluntária, posiciona-se Eduardo Talamini. Isso porque produção antecipada pode ser requerida indiretamente, no contexto de um conflito ou, ainda, ainda que não haja conflito, estabelecer-se um sobre a sua realização. De uma forma ou de outra, estar-se-ia diante de uma disputa autônoma, no qual a pretensão é a produção de prova, e haveria o elemento substituição da vontade das partes pela do juiz, o que é típico à jurisdição contenciosa⁵⁰.

Humberto Theodoro Júnior adota um posicionamento flexível e acredita que a natureza da produção antecipada de provas várias conforme a hipótese. Para o caso de produção antecipada de provas fundada na urgência, a natureza seria contenciosa, já que a medida serve como tutela cautelar, o que é evidenciado pela parte da norma “na pendência da ação”. Já nas hipóteses das normas do art. 381, II e III, CPC, sem urgência,

⁴⁸ DIDIER JR., Fredie. Produção Antecipada da Prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio et al. Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Editora Thoth, 2021. pp. 193/205.

⁴⁹ ARSUFFI, Arthur Ferrari. A Nova Produção Antecipada da Prova: Estratégia, Eficiência e Organização do Processo. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. pp. 44/45.

⁵⁰ TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. Revista de Processo – vol. 260/2016, pp. 75/101, out/2016.

não haveria natureza contenciosa imediata, já que se trata de meio de consulta da viabilidade de ação cognitiva principal⁵¹.

A posição mais acertada parece ser pela natureza contenciosa. A ação de produção antecipada de provas tem como objeto litigioso o direito autônomo à prova, sendo inequívocas as características de substitutividade e de instrumentalidade a respeito desse direito. A exceção consiste na simples documentação de fato ou relação jurídica sem caráter contencioso⁵².

2.5 Natureza dúplice da ação de produção antecipada de provas

A ação de produção antecipada de provas possui caráter dúplice.

O caráter dúplice de uma ação significa que autor e réu ocupam “simultânea e concomitantemente, ambos os polos da relação jurídica processual e, independentemente de formulação de pedido contraposto ou de reconvenção, poderá obter o bem da vida disputado como consequência direta da rejeição do pedido primeiro”⁵³. É dizer, o provimento de mérito poderá igualmente tutelar o direito do autor ou do réu.

O exemplo clássico é tirado da ação possessória. O autor ajuíza pedido de reintegração de posse e o réu contesta o pedido, afirmando-lhe ser sua posse justa, fundada em contrato de locação. A sentença de mérito definirá a quem cabe a posse e, caso improcedente o pedido, servirá de tutela do direito à posse do réu⁵⁴.

⁵¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil* vol. 1 – 58^a edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. Livro digital – Item 84: Da produção antecipada da prova.

⁵² “Não nos parece possível a extrapolação para afirmar que a ação para o “simples documento” de um fato será sempre não contenciosa. A natureza voluntária ou contenciosa do processo dependerá de seu conteúdo” (NETO, João Luiz Lessa. *Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra*. Londrina: Editora Thoth, 2021. p. 317). Em sentido parecido, ensina Ricardo Aprigliano que “A produção antecipada da prova consiste em procedimento que guarda natureza híbrida, com aspectos de jurisdição contenciosa, mas também de jurisdição voluntária.” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Comentários ao Código de Processo Civil – volume VIII – tomo I – artigos 369 a 404 – das provas: disposições gerais*. In: FONSECA, João Francisco Naves et al. (coords.) *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Livro digital)

⁵³ MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos Especiais* – 18^a edição. São Paulo: Editora Atlas, 2021. Livro digital – Item 4: Características da jurisdição voluntária.

⁵⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 65.

No caso da ação de produção antecipada de provas, a prova produzida vinculará tanto autor quanto réu⁵⁵. Se for contrária ao interesse do autor, não haverá como ignorá-la, seja extrajudicialmente, dado que repercutirá em seu comportamento numa negociação, seja judicialmente, dado que não será possível exigir a mesma prova numa ação declaratória de direito, a menos que não tenha sido realizada adequadamente. Isso vale, para o réu, que fica advertido das consequências de seguir a uma ação declaratória de direito quando já conhece uma prova contrária.

É verdade que o enquadramento no caráter dúplice não é perfeito⁵⁶, o que se dá pela natureza concreta do direito à prova. A improcedência do pedido não significará a tutela do direito à prova do réu, dado que nesse caso o direito à prova sequer haverá sido exercido, impossibilitando-se as partes de assumir simultaneamente posições dúplices.

De todo modo, isso não desvirtua o caráter dúplice da produção antecipada de provas. Uma vez admitida a demanda, citado o réu e produzida a prova, esta produzirá efeitos para ambas as partes, inclusive numa ação declaratória de direito posterior. A instrumentalidade da prova servirá indistintamente e independentemente do resultado, o que significa a tutela do direito à prova para ambas as partes⁵⁷.

Conclui-se que a duplicidade estará presente sempre que admitida a ação de produção antecipada de provas (ou seja, julgada procedente) e não estará presente quando improcedente, pois nesse caso sequer haver-se-á exercido o direito autônomo à prova.

3. AS PARTES NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

3.1. Requerente e requerido

⁵⁵ Flávio Luiz Yarshell atribui isso ao caráter bilateral da prova, isto é, alegado um fato, ambas as partes terão interesse em fornecer prova quer da sua existência, quer da sua inexistência. (YARSELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 330)

⁵⁶ Heitor Sica afirma ser comum classificar erroneamente ações como dúplices. Apenas no caso em que, pela natureza do direito material, a tutela outorgada ao autor pela procedência é a mesma outorgada ao réu na improcedência (e vice-versa) há verdadeira ação dúplice. (SICA, Heitor Vitor Mendonça. O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 182)

⁵⁷ “A duplicidade, então, consiste no seguinte: as peculiaridades da atividade probatória, se não são aptas a automaticamente fazer do autor um réu (e vice-versa), tornam irrelevante a distinção entre eles: a prova requerida pelo demandante produzirá efeitos tanto para ele quanto para o demandado” (YARSELL, Flávio Luiz. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coords.) Breves Comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Livro digital – Comentários ao art. 381 a 383.)

A ação de produção antecipada de provas não possui autor e réu, preferindo o CPC chamá-los de “requerente” ou “requerido” (art. 382, *caput*, do CPC). Neste trabalho, “requerente” e “requerido” serão tratados como “autor” e “réu”.

Na ação de produção antecipada de provas, a verificação de quem tem legitimidade processual e, portanto, será autor e réu, se dá de um modo distinto da ação convencional para declaração de um direito.

Isso ocorre porque, pela característica autônoma do direito à prova, a legitimidade ativa e passiva nem sempre coincidem com a titularidade da relação jurídica de direito material subjacente. É possível que alguém que não integre a relação jurídica de direito material – portanto, um terceiro – seja legitimado para ser parte na ação de produção antecipada de provas.

Nesse sentido, a legitimidade para a ação de produção antecipada de provas, embora não se limite à verificação da relação das partes com o direito material subjacente, deve analisar a utilidade para quem demanda e para quem é demandado⁵⁸.

3.2 Citação do réu para exercício do direito de defesa

A necessidade de citação do réu é consequência dos direitos de ampla defesa e do devido processo legal. Embora a norma do art. 382, §1º, do CPC, afirme que a citação pode ser dispensada quando se verificar a inexistência de caráter contencioso, a sua interpretação deve ocorrer com cuidado.

A doutrina se manifesta pela imprescindibilidade da citação do réu na ação de produção antecipada de provas, ressalvadas as para situações nas quais não pode haver litigiosidade em absoluto, por exemplo, a produção antecipada de provas para justificar a existência de fato ou relação jurídica por meio de sua documentação (art. 381, §5º, do

⁵⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 366.

CPC). E mesmo nessas situações, deve haver cuidado ao ser dispensada, dado que o caráter contencioso não pode ser afastado apenas com base em alegações de uma parte⁵⁹.

Não se deve esquecer, ainda, que a compreensão da norma como autorizadora da dispensa de citação esbarraria na norma do art. 382, §3º, do CPC, que determina que os interessados poderão “requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se sua produção conjunta acarretar excessiva demora”. Embora os interessados sejam os terceiros, é óbvio que o réu pode requerer a produção de provas naquele procedimento. Afinal, não haveria sentido possibilitar tal participação ao terceiro e não ao réu.

Outro argumento se dá a partir da compreensão que o direito autônomo à prova e a sua tutela por meio da produção antecipada de provas gera repercussão na esfera jurídica do réu e, sendo assim, é fundamental a sua citação para integrar o contraditório.

Por exemplo, se há determinação para produção de prova, e isso implicará violação à privacidade do réu, é evidente que deve haver a sua citação para exercer o direito de defesa. De outro modo, o direito autônomo à prova seria absoluto, um poder inigualável de produzir provas contra alguém que sequer precisa ser citado.

3.3 A citação para dar eficácia e estabilidade à prova produzida antecipadamente

Como se demonstrou, a participação do interessado na produção antecipada de provas é fundamental para assegurar as garantias do contraditório e ampla defesa. No entanto, ela também o é para assegurar a eficácia e estabilidade da prova produzida antecipadamente, o que permite o convencimento das partes e a sua utilização noutro processo.

A eficácia é a capacidade de produzir efeitos nas partes. A estabilidade é perfeição da prova, ou ausência de vícios, que possibilita a sua utilização noutro processo. A

⁵⁹ “A existência ou não de litígio (‘caráter contencioso’) é, ademais, questão relativa, que pode ser alterada a depender do resultado da colheita das provas. Inclusive pela ausência de prévio contraditório na sua realização... Esta orientação, que decorre do ‘modelo constitucional do direito processual civil’, deve ser observada por quem queira ver, no §1º do artigo 382, manifestação de ‘jurisdição voluntária’. Não há como a lei querer se desviar do ‘modelo constitucional’, mesmo nestes casos, já que se regula a atuação do Estado-juiz.” (BUENO, Cássio Scarpinella. Manuela de Direito Processual Civil – 8^a edição. São Paulo: Editora SaraivaJur, 2022. p. 317)

diferença entre ambas é que a eficácia é analisada numa perspectiva subjetiva em relação à parte, enquanto a estabilidade é analisada objetivamente em relação ao processo⁶⁰.

Se a produção antecipada de provas para tutela do direito autônomo à prova desvinculado da urgência se justifica como um instrumento de pacificação social, seja por melhorar a instrução de uma ação de declaração de direito, seja por possibilitar melhores informações às partes para viabilizar um acordo, é ideal a participação de todos os sujeitos que integram a relação jurídica subjacente e autorizadora da medida de antecipação⁶¹.

Quando o réu é citado e possui a possibilidade de exercer o contraditório, isto é, influenciando a produção de prova, haverá maior eficácia de convencimento dele, já que participou da produção da prova (não assistindo apenas como espectador, sendo capaz de manifestar oposição aos pontos que reputasse indevidos) e estabilidade na utilização da prova em processo posterior⁶².

Um exemplo da perda de eficácia e estabilidade da prova produzida antecipada se dá na execução da prova pericial sem citação da parte contra quem se pretende utilizá-la, seja para participar da escolha do perito, seja para oferecer quesitos. Mesmo que sejam possíveis uma nova oitiva ou quesitos complementares, não haverá como suprir o déficit de estabilidade nesse caso, muito menos de eficácia⁶³.

Nesse sentido, há interessante julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo que desproveu agravo de instrumento interposto contra decisão que deferiu a produção antecipada de prova pericial e determinou a citação dos interessados⁶⁴. No caso, a agravante pretendia a dispensa de citação dos sócios da empresa, que eram seus fiadores, em razão da demora e da incompatibilidade com a eficácia do instituto. Ademais, tais sócios já estavam cientes da ação principal.

O acórdão determinou que era imprescindível a citação, fundamentando que esta é “condição de eficácia da prova perante aqueles contra quem se pretende seja utilizada,

⁶⁰ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Produção antecipada da prova: procedimento adequado para a máxima eficácia e estabilidade. Londrina: Editora Thoth, 2023. pp. 79/80.

⁶¹ YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 380.

⁶² FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Produção antecipada da prova: procedimento adequado para a máxima eficácia e estabilidade. Londrina: Editora Thoth, 2023. pp. 109/111.

⁶³ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Comentários ao Código de Processo Civil – volume VIII – tomo I – artigos 369 a 404 – das provas: disposições gerais. In: FONSECA, João Francisco Naves et al. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2020, p. 96. Livro digital.

⁶⁴ TJSP; Agravo de Instrumento 2204821-39.2017.8.26.0000; Rel. Luis Fernando Nishi; 32ª Câmara de Direito Privado; j. 11.12.2017.

observando-se o princípio constitucional do contraditório (CF, art. 5º, LV)”. No caso, a prova seria utilizada contra os sócios na ação indenizatória principal, pelo que seria imprescindível o contraditório dos sócios.

Outro acórdão interessante do Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento a agravo de instrumento para reformar decisão que determinou citação do interessado em ação de produção antecipada de provas para simplesmente apresentar os documentos pedidos⁶⁵. Naquele caso, havia pedido de exibição de documentos realizado por empresa locatária à locadora. A decisão deferiu o pedido e ordenou a exibição dos documentos na decisão agravada.

O acórdão teve como motivação a necessidade do contraditório na ação de produção antecipada de provas, que não é sinônimo do réu ser mero expectador do processo. Afinal, seria falsa a premissa de que o deferimento da prova não causará nunca prejuízo ao interessado. Por último, relembrou que a vedação se refere apenas à valoração das provas (âmbito do direito de provar), não à colheita (âmbito do direito à prova).

Conclui-se que, entendendo-se ou não que na ação de produção antecipada de provas não há natureza contenciosa, e, portanto, não haveria réu propriamente dito, é de rigor a citação, pela própria lógica do sistema do processo constitucional. Mais: essa citação deve ser sucedida pela oportunidade do exercício de contraditório, sem o qual não há eficácia e estabilidade para a prova produzida⁶⁶.

3.4 Intervenção de terceiros

A norma do art. 382, § 1º, do CPC, determina a possibilidade de intervenção de terceiros e a possibilidade de requisição de produção de qualquer prova no procedimento.

Essa faculdade se justifica na medida em que não há verdadeiramente terceiros na produção antecipada de provas, porque os seus legitimados podem não coincidir com a

⁶⁵ TJSP; Agravo de Instrumento 2147881-54.2017.8.26.0000; Rel. Bonilha Filho; 26ª Câmara de Direito Privado; j. 26.7.2018.

⁶⁶ “Para a prova produzida ser ‘estável e eficaz’, deve ser ela *eficaz* para atender os objetivos dos interessados (eficácia) e, também, ser estável ao ponto de não ter nulidade ou complementação da produção em eventual processo declaratório. Nessa senda, afirmar que a prova produzida foi *eficaz* e *estável*, guarda alto grau de comprometimento com o respeito ao devido processo legal no decorrer da produção antecipada da prova.” (FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Produção antecipada da prova: procedimento adequado para a máxima eficácia e estabilidade. Londrina: Editora Thoth, 2023. p. 80)

titularidade do direito material⁶⁷ (embora esta seja um bom indicador do legitimado e o fiel indicador do objeto e da utilidade da prova pleiteada, como se viu anteriormente).

A intervenção destina-se a possibilitar o exercício do direito de defesa e o contraditório, dará eficácia e a estabilidade da prova produzida⁶⁸. O terceiro poderá requerer produção de quaisquer provas no mesmo procedimento, desde que não acarrete excessiva demora ou não viole as regras de estabilização da demanda⁶⁹.

A intervenção pode ser voluntária, quando o terceiro requerer a intervenção fundada em interesse jurídico, ou provocada, partindo da parte. Além disso, há a possibilidade de intervenção de ofício pelo juiz. Nesse caso, trata-se de intervenção *iussu iudicis*, e ocorrerá quando o juiz entender haver interesse na integração do terceiro ao procedimento de produção antecipada de provas⁷⁰.

Essa modalidade de intervenção permite integrar o terceiro à relação jurídica processual em hipóteses mais abrangentes do que as verificadas anteriormente, a partir da valoração do juiz sobre a pertinência e o interesse da participação do terceiro na produção antecipada da prova.

Para ilustrar a diferença, na intervenção *iussu iudicis* não há as limitações das demais modalidades de intervenção provocada, que seguem a lógica da assistência simples. É possível integrar o terceiro mesmo que não pudesse ser denunciado à lide ou chamado a futuros processo, apenas em função da percepção do juiz sobre o seu interesse na relação jurídica processual da produção antecipada de provas⁷¹.

⁶⁷ Flávio Luiz Yarshell demonstra a verdade da proposição com o exemplo de um acidente automobilístico, no qual constitui-se relação jurídica entre o motorista e a vítima. Embora o hospital no qual a vítima foi tratada seja terceiro na relação jurídica, o exercício do direito à prova pela vítima para obter provas do dano e o nexo causal interferirá na esfera jurídica do hospital, que pode até mesmo ter interesse em não revelar tais documentos por receio de incriminação do próprio hospital. Nesse sentido, é legitimado para a ação de produção antecipada de provas, embora não integre a relação de direito material subjacente. v. YARSELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. pp. 363/365.

⁶⁸ “Garantir o contraditório, então, é de fundamental importância na ação de produção antecipada da prova. Esse é um dos principais argumentos para admitir a intervenção de terceiros atípica e a ampla participação de eventuais interessados na ação de produção antecipada da prova.” (FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Produção antecipada da prova: procedimento adequado para a máxima eficácia e estabilidade. Londrina: Editora Thoth, 2023. p. 85.)

⁶⁹ YARSELL, Flávio Luiz. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coords.). Breves Comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Livro digital – Comentários ao art. 381 a 383.

⁷⁰ CINTRA, Lia Carolina Batista. Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção *iussu iudicis* no processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. pp. 168/171.

⁷¹ Idem, pp. 168/171.

4. A CAUSA DE PEDIR NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

A causa de pedir é elemento da ação que se traduz em fundamento do pedido ou da pretensão processual. Nas palavras de Milton Paulo de Carvalho, é “causa eficiente, sem a qual a pretensão processual não existe”⁷² e, relacionando-a ao pedido, “não integra o pedido: é-lhe origem, o nascedouro, antecede-o”⁷³.

A causa de pedir é dividida entre próxima e remota. Esta é o fundamento jurídico, a relação jurídica que vincula ambas as partes e o direito particular. Aquela é o fato, a compreender o fato constitutivo da relação jurídica e o fato particular que dá interesse de agir.

Durante tempos discutiu-se a filiação do direito processual brasileiro à teoria da individuação ou à teoria da substanciação. A primeira entende que a causa de pedir é composta pela “relação ou estado jurídico de que deriva a pretensão”. A segunda entende que a causa de pedir é a indicação “só do fato ou fatos constitutivos do direito alegado” pelo autor⁷⁴.

O entendimento da causa de pedir como filiada a uma ou outra repercuta na coisa julgada. Se se entende que é dada pela teoria da individuação, a mudança da qualificação na sentença implicará mudança da causa de pedir. Por outro lado, se a causa de pedir é dada pela teoria da substanciação, isto é, pela indicação dos fatos, a mudança dos fatos no curso do processo implicará a mudança da demanda.

Outro problema de relevo diz respeito à identificação da causa de pedir à luz do direito material, especificamente aos direitos absolutos ou relativos. Os absolutos são os direitos oponíveis *erga omnes*, como o direito de propriedade. Os relativos são os oponíveis apenas contra pessoas determinadas, em geral, o outro polo da relação jurídica⁷⁵.

⁷² CARVALHO, Milton Paulo de. Do Pedido no Processo Civil. Porto Alegre: Fabris Editor, 1992. p. 78.

⁷³ Idem, p. 93.

⁷⁴ Idem, pp. 82/83.

⁷⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. Causa de pedir e pedido: o direito superveniente. São Paulo: Editora Método, 2006. pp. 94/95.

Isso porque haverá maior ou menos substanciação a depender do direito. Por exemplo, na ação reivindicatória, exemplo de ação para perseguir direito de propriedade (absoluto) haverá substanciação em menor intensidade e individuação em maior intensidade. Basta a indicação do imóvel e a demonstração do título de propriedade (fato constitutivo) para caracterizar a causa de pedir. As demais informações relativas ao direito de propriedade, a data de aquisição e a origem do direito são irrelevantes para a caracterização⁷⁶.

Já no caso de uma ação de cobrança, exemplo de direito relativo, é fundamental a fiel e detalhada determinação dos fatos: existência de contrato, data de constituição, objeto, partes, obrigações e valor. Isso tudo para evitar a confusão dessa ação com outra, já que pode existir mais de um crédito entre as mesmas partes⁷⁷.

Para superar os problemas que derivavam da necessidade de elaboração da causa de pedir conforme uma ou outra teoria, a doutrina adotou a posição do “meio-termo”, que se pode nomear teoria mista. Nesse sentido, é importante a lição de Ricardo Barros Leonel “o modo como deverá ser elaborada a demanda judicial, com maior ou menor fundamentação quanto aos fatos ou títulos constitutivos do direito do demandante, estará diretamente ligado às peculiaridades, características e estrutura do direito material feito valer em juízo”⁷⁸.

E como, partindo-se dessa premissa, deve ser elaborada a causa de pedir na produção antecipada de provas para tutela do direito autônomo à prova (isto é, as hipóteses do art. 381, II e III, do CPC)?

Deve-se resgatar o fundamento da ação antecipada de provas como medida de investigação, que busca a obter informações passíveis de instruir melhor as partes numa negociação ou embasar a propositura de uma ação declaratória de direito. Ou seja, quem ajuíza a ação de produção antecipada de provas está em busca de informações, sendo lícito entender que nem sempre terá como delimitá-las com a maior precisão.

É por isso que é lícito concluir que a causa de pedir da ação antecipada de provas se filia a uma maior individuação do que substanciação. É razoável entender que o autor não teria como indicar com precisão todos os fatos constitutivos ensejadores de seu direito

⁷⁶ Idem, p. 95.

⁷⁷ Idem, p. 96.

⁷⁸ Idem, p. 104.

autônomo à prova, nem que a mudança dos fatos no curso do procedimento traria a transformação da demanda (com implicações na coisa julgada, portanto).

4.1 A delimitação da causa de pedir na ação de produção antecipada de provas

Como demonstrado, o direito à prova é concreto, o que pode ser entendido como poder de produzir a prova pelo requerente em face do réu. Isso não significa que esse direito seja absoluto⁷⁹, mas implica a incindibilidade dos juízos de admissibilidade e de mérito. A consequência disso é que a análise da causa de pedir ganha uma relevância aumentada na perspectiva da defesa.

Inicialmente, a ação de produção antecipada de provas deve atender aos requisitos do art. 319 do CPC e, em especial, do seu inciso III, que determina a indicação da causa de pedir, composta “do fato e os fundamentos jurídicos do pedido”. Do mesmo modo, a necessidade é reiterada no art. 382, do CPC, que afirma “o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e indicará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair”.

Essas razões são justamente a causa de pedir, composta pelo fato (a necessidade de produção de prova e o apontamento da relação de direito material subjacente)⁸⁰ e o fundamento jurídico (a justificativa do ordenamento para o provimento do pedido de produção antecipada de provas diante do que foi narrado)⁸¹.

É fundamental, quando do apontamento das razões que justificam a necessidade de antecipação da prova, que sejam identificados os fatos sobre os quais recairá a prova. Isso é especialmente importante para a defesa, na medida em que deve existir justificativa

⁷⁹ “Não se deve confundir autonomia com a dispensa de ligação com uma situação de direito material. Se assim fosse, admitir-se-ia um direito incondicionado à prova, que colocaria o Estado na posição de dar resposta a pedidos de produção de prova de requerentes sem qualquer relação com o direito subjacente.” (YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. pp. 334/335).

⁸⁰ “A prova, independentemente do momento em que produzida, tem por objeto fatos. Eventual deficiência na narrativa dos fatos que se quer investigar e a ausência de um substrato fático mínimo que justifique a adoção de providências de instrução, embora ressalvado o exame de cada caso concreto, devem funcionar com óbices à pré-constituição da prova antecipada” (YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 342)

⁸¹ Registre-se que o fundamento jurídico não se confunde com fundamento legal. Aquele é a vinculação do pedido com os fatos, isto é, a razão do ordenamento jurídico do porquê deve ser provido o pedido diante do que foi narrado. V. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – vol. único – 14^a edição. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 154.

para a produção da prova. Além disso, a depender da alegação de fato que se pretenda provar e do tipo de prova que se queira produzir, a régua de justificação deve ser aumentada, de modo a não se possibilitar provas invasivas na intimidade do réu que não sejam pautadas em direito provável e necessidade justificada⁸².

Sem o apontamento preciso deles, não haverá como ser realizada a produção antecipada da prova, dado que a atividade probatória estará prejudicada⁸³.

Contudo, como o direito autônomo à prova assemelha-se a um “direito à investigação”, é correto afirmar que a causa de pedir deve compreender uma descrição detalhada dos fatos que motivam a necessidade da produção antecipada de provas e sobre os quais recairão a prova – não tão detalhada que impeça o próprio exercício da investigação⁸⁴ – mas suficiente para evitar uma produção antecipada de provas abusivas.

Ademais, é preciso que o requerente da produção antecipada de provas demonstre a relação entre ele o direito material sobre o qual operará a produção de prova e o interesse decorrente dessa atividade⁸⁵. Nesse ponto, é preciso que a prova que se pede tenha relação com a informação que se busca obter. A propósito, pontua com razão Flávio Luiz Yarshell ser plenamente aplicável o regramento do direito de provar, dado que muito similar: o juiz pode simplesmente indeferir a prova que se pede produção antecipada quando não se mostrar adequada à obtenção daquela informação⁸⁶.

Do mesmo modo, outra faceta diz respeito à viabilidade do processo declaratório. Embora o direito à prova seja autônomo e não se trate de pedido de declaração de direito, é forçoso reconhecer que toda produção antecipada de provas será para esclarecer algum fato sobre o qual poderá haver uma demanda posterior, do contrário não haveria

⁸² YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 342

⁸³ YARSHELL, Flávio Luiz. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coords.). Breves Comentários ao novo código de processo civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Livro digital – Comentários ao art. 381 a 383.

⁸⁴ “O modo como deverá ser elaborada a demanda judicial, com maior ou menor fundamentação quanto aos fatos ou títulos constitutivos do direito do demandante, estará diretamente ligado às peculiaridades, características e estrutura do direito material feito valer em juízo” (LEONEL, Ricardo de Barros. Causa de pedir e pedido: o direito superveniente. São Paulo: Editora Método, 2006. p. 104.)

⁸⁵ “Importante compreender que a causa de pedir na produção antecipada da prova abrange necessariamente a exposição de como o fato que se pretende provar está relacionado com o autor e como, ainda que em tese, a apuração desse fato pode interessar ao autor” (ARSUFFI, Arthur Ferrari. *A Nova Produção Antecipada da Prova: Estratégia, Eficiência e Organização do Processo.* Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 186).

⁸⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 352.

utilidade⁸⁷. Isso quer dizer, portanto, se o processo declaratório que se antevê quando se pede a antecipação daquela prova for impossível, seja porque há causa extintiva ou impeditiva definitiva, não deverá ser produzida a prova antecipadamente.

Agora, seguir-se-á para as hipóteses da produção antecipada de provas.

4.2 A causa de pedir na hipótese do art. 381, I, do CPC.

A hipótese do art. 381, I, do CPC, trata da medida cautelar de produção antecipada de provas, justificando-se quando houver risco da impossibilidade de produção de prova na ação declaratória de direito. É a produção de provas *ad perpetuam rei memoriam*, isto é, para preservar a memória de um fato que, pelo correr do tempo, está em vias de desintegração ou, então, que não seria possível de ser produzida na ação declaratória de direito.

Não há diferença substancial entre essa modalidade de ação de produção antecipada e a ação de produção antecipadas de provas dos arts. 846 a 851 do Código de Processo Civil de 1973. Diferencia-se das demais hipóteses de produção antecipada de provas por não ser verdadeiramente uma ação de tutela do direito autônomo à prova, em função de sua natureza cautelar⁸⁸.

Para invocar essa hipótese, o requerente deve demonstrar a probabilidade de direito e o perigo de dano. A probabilidade de direito corresponderia às razões para antecipação, inclusive a demonstração hipotética de sua utilização numa ação principal que será ajuizada⁸⁹, e à indicação precisa dos fatos sobre os quais a prova recairá. Já o perigo de dano seria a demonstração do risco de perecimento da prova, isto é, de que

⁸⁷ Idem, p. 353.

⁸⁸ A rigor, essa hipótese não é de tutela do direito autônomo à prova, dado que há uma estreita vinculação da prova em risco de perecimento e o futuro processo principal. (YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 244).

⁸⁹ “Em todas as hipóteses de alegada urgência, o requerente da medida, na linha do que exige o art. 382, *caput*, deverá demonstrar as razões para o requerimento de produção antecipada da prova, sendo que, no caso específico do inciso I, deverá ser indicada a demanda futura, à qual se liga a produção da prova.” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Comentários ao Código de Processo Civil – volume VIII – tomo I – artigos 369 a 404 – das provas: disposições gerais. In: FONSECA, João Francisco Naves et al. (coords.) Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Livro digital)

modo a demora acarretará a sua impossibilidade de produção no curso do processo ou porque a prova não seria possível de lá ser produzida⁹⁰.

É de se pensar a respeito da crítica em relação à relevância da hipótese de produção antecipada de provas com base na urgência quando as demais hipóteses dispensam tal requisito⁹¹ (arts. 381, II e III, do CPC). Em outras palavras, com o reconhecimento do direito autônomo à prova, a medida cautelar de produção antecipada de provas teria ficado “obsoleta”, não havendo por que indeferir o pedido quando, pelas demais hipóteses, ele seria admitido.

A crítica, contudo, encontra exceções. Ela não se justifica quando houver convenção de arbitragem, haja vista que a haveria ali renúncia à jurisdição estatal (inclusive para a produção antecipada de provas). Nesse caso, salvo a divergência jurisprudencial⁹², a produção antecipada de provas somente será admitida com base na urgência, consoante a norma do art. 22-A da Lei nº 9.307/1996⁹³.

Do mesmo modo, é possível pensar em hipóteses nas quais a prova deve ser produzida liminarmente, sob pena de prejuízo. Basta imaginar uma perícia para aferir poluição sonora de um estabelecimento que, todas as vezes que é a agendada, conclui estar o ruído dentro do limite, dado que, pela aniquilação da surpresa, possibilitou-se combinado entre o proprietário e a banda para que se reduza artificialmente a potência do som.

⁹⁰ A doutrina utiliza exemplos clássicos: a testemunha que sofre de doença terminal, o prédio com sua estrutura comprometida. Outro exemplo interessante, dado por Eduardo Talamini, é apuração dos números da sociedade para apuração de haveres, que serão realizadas no momento da saída, sem ser necessário realizar uma perícia futura, já prevista, para averiguar fatos do passado. (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Comentários ao Código de Processo Civil – volume VIII – tomo I – artigos 369 a 404 – das provas: disposições gerais. In: FONSECA, João Francisco Naves et al. (coords.) Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Livro digital)

⁹¹ “Deixa de existir a chamada ‘produção antecipada da prova com o requisito da urgência’, pois, se o direito positivo passou a admitir o direito autônomo à prova sem exigir tal requisito, não faz sentido defender a existência de modalidades distintas – e uma delas exige a presença de um requisito extra (a urgência) para permitir a produção da prova.” (ARSUFFI, Arthur Ferrari. A Nova Produção Antecipada da Prova: Estratégia, Eficiência e Organização do Processo. Salvador: Editora Juspodivm, 2019. p. 48.)

⁹² Quando ainda não instaurado o tribunal arbitral, a jurisprudência se divide sobre a possibilidade de produção antecipada de provas desvinculada da urgência. Em sentido favorável: TJSP; Apelação nº 1086219-29.2019.8.26.0100; Rel. Cesar Ciampolini; 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; j. 28.7.2021; TJSP; Apelação nº 1064959-90.2019.8.26.0100; Rel. Azuma Nishi; 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; j. 30.6.2021. Em sentido contrário: STJ; Recurso Especial nº 2.023.615/SP; Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze; Terceira Turma; j. 14.3.2023.

⁹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – vol. único. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 754.

4.3 A causa de pedir na hipótese do art. 381, II, do CPC

Na hipótese do art. 381, II, do CPC, que prevê a produção antecipada de provas quando essa favorecer a busca de uma solução autocompositiva, o requerente deverá explicar de qual modo a prova ser-lhe-á útil na busca de uma solução adequada para o conflito.

É uma afirmação de que a produção antecipada de provas se coaduna à função social do processo de pacificação social, na medida em que a ação se justifica ao dar melhores elementos de informação para a viabilização de um acordo pelas partes⁹⁴.

Nessa hipótese, sempre que for demonstrada a relação jurídica entre as partes e a sua utilidade num processo declaratório de direito, deverá ser deferida a produção antecipada de provas. É difícil imaginar hipóteses nas quais a informação obtida antecipadamente não servirá para viabilizar autocomposição ou outro meio de solução adequado, o que impossibilitaria o deferimento⁹⁵.

Mesmo que se argumente que a produção antecipada de provas não dá conta da redução da litigiosidade, na medida em que as partes seguiriam sem informações a respeito do desfecho de uma ação declaratória de direito dada a baixa segurança jurídica dos precedentes, isso não desautorizaria a medida. Afinal, para viabilizar um acordo, alguma informação é melhor do que nenhuma.

De todo modo, é possível conceber o indeferimento da produção antecipada de provas fundada no art. 381, II, do CPC, quando o autor já houver demonstrado intenção de demandar, já havendo passado do ponto de uma solução autocompositiva.

4.4 A causa de pedir na hipótese do art. 381, III, do CPC

⁹⁴ “Nesse particular, procede a ideia de que a contribuição dos tribunais para dirimir litígios não pode e não deve ser avaliada considerando-se apenas os casos resolvidos por decisão judicial. No contexto da resolução de controvérsias, interessa aos tribunais fornecer um substrato (*background*) que se traduz em uma base para as negociações e para a regulamentação das relações de natureza privada.” (YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. pp. 274/280).

⁹⁵ Em sentido contrário, pela inocuidade da informação obtida na produção antecipada de provas desvinculada da urgência quando não houver segurança jurídica a respeito dos resultados da ação declaratória de direito. V. RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento de produção “antecipada” de provas sem requisito de urgência no novo CPC: A teoria dos jogos e a impossibilidade de acordos sem calculabilidade de riscos. Revista de Processo vol. 263/2017, pp. 313/332.

Na hipótese do art. 381, III, do CPC, é preciso justificar a falta de informação a respeito do fato e a necessidade de obtê-las, à luz da possibilidade de ajuizamento de ação.

Embora similar à hipótese anterior, haja vista que o efeito propiciatório de solução autocompositiva dela pode decorrer em razão das informações obtidas, com ela não se confunde. A hipótese em questão diz respeito à necessidade de investigar, não se falando em viabilização de solução autocompositiva porque o autor ainda está totalmente “no escuro”.

A distinção diz respeito à necessidade de demonstração, na causa de pedir, da necessidade de investigar⁹⁶. Essa necessidade de investigar se justifica quando há desconhecimento sobre um fato que traz indícios⁹⁷ sobre a ocorrência de alguma crise jurídica a justificar uma declaração de direito material.

O indício deve ser provado e possuir nexo causal com o fato sobre o qual se busca antecipar a prova⁹⁸. Não se deve confundir indícios com rumor ou boato (*hearsay*), o que possibilitaria um cabimento demasiado amplo à produção antecipada de provas, incompatível com os ônus carregados em cima do interessado⁹⁹.

É evidente que segue imprescindível a demonstração da relação jurídica entre autor e interessado para autorizar a produção antecipada de provas, isto é, a demonstração “para trás”, não apenas a partir do indício que indica uma crise de direito material.

Se o indício não for provado, não houver nexo causal entre ele e o fato que se quer provar ou de plano não se enxergar a viabilidade do processo declaratório posterior, não deverá ser deferida a produção antecipada de provas.

⁹⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 232.

⁹⁷ “Temos que, juridicamente, indício é todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo” (MOURA, Maria Thereza de Assis. A prova por indícios no processo penal. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 33). Embora a definição seja trazida de obra do campo do Direito Processual Penal, trata-se de definição epistemológica, pelo que não há prejuízo em sua utilização.

⁹⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo – 27^a edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. p. 511.

⁹⁹ “A atividade probatória representa – com maior ou menor intensidade – forma de invasão na esfera individual, a impor restrições a direitos como o sigilo, a intimidade, a privacidade, a inviolabilidade domiciliar e até mesmo a prioridade” (YARSHELL, Flávio Luiz. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coords.). Breves Comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Livro digital – Comentários ao art. 381 a 383)

Por exemplo, Emílio suspeita que as reformas que Borges realizou em sua propriedade foram indevidas, ocasionando-lhe prejuízos, e pretende a antecipar a realização de uma prova pericial para saber se os danos foram causados pela reforma e a sua extensão.

Borges reconhece a realização da reforma e aceita a possibilidade de ter causado danos, mas alega que já decorreu o prazo prescricional da sua responsabilidade pela realização do serviço. Nesse caso, é evidente que a produção antecipada de provas poderia vir a: 1. justificar ou evitar uma demanda contra Borges e 2. subsidiar uma solução autocompositiva, na medida em que daria maiores informações a Emílio sobre a extensão do dano, sendo-lhe mais fácil de elaborar uma proposta de acordo.

Contudo, estando eventual ação indenizatória já prescrita¹⁰⁰, a produção antecipada de provas revelar-se-á inútil, não havendo justificativa para mover a jurisdição para a sua produção dada a inefetividade na resolução do conflito (pelo contrário, pode incentivá-lo quando não há necessidade)¹⁰¹.

5. O PEDIDO NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS: A TUTELA DO DIREITO AUTÔNOMO À PROVA

O pedido é, junto das partes e da causa de pedir, um dos três elementos que identificam a ação. É o elemento que se identifica com a pretensão processual, isto é, o que o autor pretende obter com a atuação jurisdicional do Estado. Divide-se em pedido imediato, o provimento jurisdicional desejado, a exemplo de declaração, constituição ou

¹⁰⁰ Reitere-se que não haverá declaração sobre o reconhecimento de prescrição, em razão da limitação do art. 382, §2º, do CPC. O indeferimento da produção antecipada pela falta de interesse de agir do autor será dado pela falha demonstração do interesse de agir, dado que a petição inicial não se amoldará a nenhuma das hipóteses do art. 381, do CPC. V. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Defesa na produção antecipada de provas. Revista Justiça & Cidadania – vol. 23/2022. pp. 34/36.

¹⁰¹ “(...) não há razão para fazer prova acerca de fatos que, nem mesmo em tese, podem conduzir a um resultado favorável ao demandante. E, não havendo razão para provar, naturalmente não haverá razão para antecipar uma prova que se revele, desde logo, inútil” (YARSHELL, Flávio Luiz. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coords.). Breves Comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Livro digital – Comentários ao art. 381 a 383)

condenação, e pedido mediato, o bem da vida desejado, a exemplo da desocupação de um imóvel ou da preservação da igualdade¹⁰².

No caso da produção antecipada de provas, esse pedido será para produção de prova e, uma vez deferido, ensejará uma tutela constitutiva¹⁰³. Essa classificação se dá, pois, uma vez que a prova seja produzida, a realidade estará modificada, havendo constituição de uma relação jurídica entre o requerente e o interessado¹⁰⁴.

É necessário que o pedido seja certo. A certeza é entendida como a indicação precisa e clara da espécie de tutela jurisdicional e o bem da vida pleiteados¹⁰⁵. Na produção antecipada de provas, a tutela jurisdicional é constitutiva, devendo o requerente especificar o fato sobre o qual recairá a prova, bem como o meio de prova que deseja produzir¹⁰⁶. Em relação ao bem da vida, este sempre será a informação, útil a favorecer solução autocompositiva ou embasar ou evitar a propositura de uma ação (se não for caso de urgência).

Em relação à determinação do pedido, deve-se entender possível a formulação de pedido genérico de produção de provas. Isso porque, como se demonstrou, a produção antecipada de provas pode ser entendida como um poder de investigação com finalidade geral de prevenção, no qual não se sabe exatamente que tipo de documento deverá ser apresentado, por exemplo.

Isso pode ocorrer se o direito material sobre o qual se busca produzir a prova se trata de ações universais, a exemplo de uma herança, ou, então, se impossível determinar as consequências do ato ou do fato, por exemplo, a suspeita de prática de operações fraudulentas por um agente financeiro, mas que não se sabe exatamente quantas pessoas lesadas e em qual montante.

¹⁰² CARVALHO, Milton Paulo de. Do Pedido no Processo Civil. Porto Alegre: Fabris Editor, 1992. pp. 76/77.

¹⁰³ “O conteúdo da sentença constitutiva é a criação (positiva), extinção (negativa) ou modificação (modificativa) de uma relação jurídica, enquanto o efeito dessa sentença é alteração da situação jurídica, necessariamente com a criação de uma situação jurídica diferente da existente antes de sua prolação, com todas as consequências advindas dessa alteração” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – vol. único. São Paulo: Editora Juspodivm. 2022. p. 824)

¹⁰⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 314.

¹⁰⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – vol. único. São Paulo: Editora Juspodivm. 2022. p. 143.

¹⁰⁶ “O pedido deve indicar claramente o(s) meio(s) de prova pretendido(s) e o objeto sobre o qual ela recarcará” (TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. Revista de Processo – vol. 260/2016, pp. 75/101).

Aliás, no que se refere à perícia técnica para descobrir um montante devido (*quantum debeatur*), a produção antecipada de prova deve ser incentivada. É conhecido o problema do pedido genérico quando possível comprovar o valor desde o início, já que o ato ou fato já exaurira seus efeitos. Isso porque seria necessário realizar uma perícia extrajudicial, mas, dado que o interessado não integrou o contraditório, tornaria a prova ineficaz e implicaria a repetição dessa prova na fase instrutória do processo¹⁰⁷.

Embora isso tenha se resolvido com a flexibilização do art. 324, §1º, II, do CPC, possibilitando-se o pedido genérico mesmo que fosse possível comprovar o valor do dano, a produção antecipada de prova representaria mecanismo muito mais célere e eficaz para tanto. Afinal, a prova seria produzida mais próximo à ocorrência do ato ou fato e sob o contraditório, o que a tornaria eficaz no futuro.

5.1 O pedido contraposto

O art. 382, §3º, do CPC, autoriza o requerimento de prova pelo interessado, “desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se sua produção conjunta acarretar excessiva demora”. Isso faz crer que haveria espaço para o pedido contraposto.

O pedido contraposto é uma espécie de contra-ataque do réu, junto da reconvenção. A doutrina coloca, não sem divergências¹⁰⁸, como diferença maior entre ambas as modalidades de contra-ataque a autonomia do pedido e os limites da cognição. Nesse sentido, caso a ação fosse extinta sem resolução de mérito, também seria o pedido contraposto e, mesmo que fosse apreciado, não poderia expandir o objeto da cognição, devendo ser fundado nos mesmos fatos do pedido do autor ou do objeto da controvérsia¹⁰⁹.

¹⁰⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – vol. único. São Paulo: Editora Juspodivm. 2022. p. 144

¹⁰⁸ “O pedido contraposto foi criado apenas com o intuído de simplificação dos procedimentos sumário e sumaríssimo (Juizados Especiais Estaduais), de modo que comportassem meio de contra-ataque do réu sem ampliar (e complicar) o objeto do processo” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 175.)

¹⁰⁹ Idem. pp. 174/175.

A identificação do art. 382, §3º, do CPC, com o pedido contraposto diz respeito à possibilidade do réu poder requerer produção de provas, desde que relacionadas ao mesmo fato e simples, isto é, não complicando o procedimento.

Independentemente do que se entenda por pedido contraposto, fato é que não se deve entender a faculdade do réu de requerer provas como tal. A ação de produção antecipada julgada procedente (isto é, na qual haverá tutela do direito à prova), possui, ainda que imperfeita, natureza díplice, o que implica a prova produzida servir tanto ao autor quanto ao réu.

Não se deve esquecer que, na hipótese do art. 381, III, do CPC, a ação antecipada de provas possui uma finalidade investigativa. Sendo assim, não há sentido em se entender que o pedido do réu para produzir prova que servirá para esclarecer fatos, útil a ambas as partes, seja entendido como pedido contraposto e, portanto, deve limitar-se aos fatos da inicial e não admitir provas complexas.

É por isso que a interpretação do art. 382, §3º, do CPC, deve ser teleológica. Deve ser facultada ao réu a ampliação do escopo da produção antecipada de provas, bem como exigir provas demoradas¹¹⁰, desde que úteis ao esclarecimento pretendido¹¹¹ (desde que não absurdas).

Entender diversamente seria atender contra a economia processual, já que empurrar-se-ia o réu cujo requerimento de prova foi indeferido para outra demanda, e prestigiar o “processo civil do autor”, o que não se coaduna com as garantias da ampla defesa e do contraditório e nem com o direito material em questão.

6. OS PARÂMETROS DE CONTROLE PARA A DEFESA

6.1 Contraditório, ampla defesa e recursos

¹¹⁰ “Em suma: embora o juiz deva considerar o tempo necessário para a prova requerida pelo réu e por eventuais interessados, deve também atentar para a adequação da prova aos fatos objeto da instrução preliminar. E, como critério objetivo para aferir o possível excesso da delonga, recomenda-se que o juiz recorra à proporcionalidade entre o tempo necessário para a providência requerida pelo autor, de um lado, e aquela que o requerido pretende incluir, de outro” (YARSHELL, Flávio Luiz. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coords.). Breves Comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Livro digital – Comentários ao art. 381 a 383)

¹¹¹ Idem.

Até então, estudaram-se o direito autônomo à prova, a sua natureza e os conformação elementos da ação de produção antecipada de provas (partes, causa de pedir e pedido). Agora, aproxima-se do problema real, a limitação da defesa dos recursos inserta no art. 382, §4º, do CPC, sendo única exceção o recurso contra a decisão que indeferir totalmente o pedido foi pelo requerente originário.

É evidente que a proibição da defesa é inconstitucional à luz do princípio do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF) e, até mesmo, do princípio da igualdade. Não é possível que o autor ajuíze a ação de produção antecipada de provas e o réu não possa defender-se, ficando à mercê do que julgador apontar de ofício.

Do mesmo modo, essa disposição é contraditória em relação às demais normas que regem o procedimento de produção antecipada de provas e autorizam o direito de defesa (inclusive de “contra-ataque). O art. 382, §1º, do CPC, diz que o juiz determinará a citação de ofício ou provocado de interessados. Esses interessados poderão, segundo o art. 382, §3º, do CPC, requerer prova no procedimento, desde que relacionada à causa de pedir e se não acarretar demora excessiva.

Entende-se que a vedação (ou pelo menos a sua tentativa) associa-se a uma compreensão da ação antecipada de provas como fenômeno positivo, dadas as suas já listadas capacidades e que podem, de fato, contribuir para o desafogamento do Poder Judiciário e, sobretudo, a pacificação social. Afinal, se não há declaração de direito, não há por que instaurar-se uma disputa sobre alegações de fato.

Contudo, a ação de produção antecipada de provas está sujeita a abusos e desvirtuamentos. Essa é a razão pela qual este trabalho buscou estudar os elementos da ação, de modo a proporcionar-se uma melhor compreensão sobre a utilização.

6.2 Interpretações do art. 382, §4º, do CPC

A inconstitucionalidade da interpretação literal do texto do art. 382, §4º, do CPC, fez necessário buscar interpretações compatíveis com o sistema.

Em geral, a doutrina converge no entendimento de que a limitação às defesas¹¹² não proibiria defesas processuais respeito à legitimidade, ao interesse de agir e à competência do órgão jurisdicional¹¹³. Também são possíveis defesas de mérito da produção antecipada de provas, autorizadas pelos dispositivos que determinam a citação e autorizam o requerimento de prova (mesmo que isso seja entendido como contra-ataque), que digam respeito ao tipo de prova produzida. Além disso, o réu pode arguir vedações legais e constitucionais à produção da prova, como o direito ao sigilo fiscal e à intimidade.

Portanto, a limitação da defesa diz respeito ao contraditório ampliado, ou seja, uma antecipação do mérito de uma ação de declaração de direito, não às defesas de cunho processual e de mérito da produção antecipada de provas.

6.3 Defesas processuais

As defesas processuais são as que tratam dos pressupostos processuais¹¹⁴ e das condições da ação¹¹⁵ e podem ser divididas em dilatórias, peremptórias e dilatórias potencialmente peremptórias. As potencialmente dilatórias serão deixadas de lado neste estudo. Para o que nos interessa nesse estudo, são¹¹⁶:

1. dilatórias: inexistência ou nulidade de citação (art. 337, I, do CPC); incompetência do juízo (art. 337, II, do CPC); e conexão ou continência (art. 337, VIII, do CPC);

¹¹² Embora a doutrina brasileira divida a defesa num trinômio, que compreende processo, ação e mérito, aqui adotar-se-á a divisão entre defesa de mérito e defesa processual. A primeira diz respeito às exceções contrárias ao pedido do autor, a segunda diz respeito às exceções contrárias às condições de julgamento do mérito. V. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 65.

¹¹³ DIDIER JR., Fredie. Produção Antecipada da Prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio et al. *Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos*. Londrina, Editora Thoth. 2021, pp. 193/205. . também APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Comentários ao Código de Processo Civil – volume VIII – tomo I – artigos 369 a 404 – das provas: disposições gerais*. In: FONSECA, João Francisco Naves et al. (coords.) *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Livro digital.

¹¹⁴ “são pressupostos processuais: a) uma demanda regularmente formulada (CPC, art. 2º; CPP, art. 24); b) a capacidade de quem a formula; c) a investidura do destinatário da demanda, ou seja, a qualidade de juiz” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo – 31ª edição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 290.)

¹¹⁵ Ou seja, as defesas que precisam ser analisadas antes da análise das defesas (e o julgamento) de mérito.

¹¹⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil – vol. único – 14ª edição*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 656.

2. peremptórias: inépcia da petição inicial (art. 337, IV, do CPC); perempção (art. 337, V, do CPC); litispendência (art. 337, VI, do CPC); coisa julgada (art. 337, VII, do CPC); convenção de arbitragem (art. 337, X, do CPC); e carência de ação por falta de interesse de agir e legitimidade (art. 337, XI, do CPC).

A última exceção, a ausência de legitimidade ou de interesse processual (art. 337, XI, do CPC), será analisada no capítulo seguinte, que dirá respeito ao mérito. A escolha dessa abordagem diz respeito à conceituação da ação de produção antecipada de provas como ação de natureza concreta, que não admite a improcedência do pedido. É dizer, uma vez verificados positivamente os pressupostos processuais e as condições da ação, a sentença é de procedência do pedido.

6.3.1 Defesas processuais dilatórias em espécie

As defesas processuais dilatórias são aquelas cujo acolhimento não põe fim ao processo, apenas aumentando a sua duração. No caso da ação de produção antecipada de provas, que possui natureza concreta, apenas a incompetência do juízo e a conexão ou continência terão esse efeito. A nulidade de citação não trará, necessariamente, aumento da duração da ação de produção antecipada de provas, mas certamente implicará a ineficácia da prova pela ausência de contraditório numa ação declaratória de direito.

A nulidade de citação (art. 337, I, do CPC) não será diretamente um fator dilatório, mas terá efeito de comprometer a utilização da prova produzida antecipadamente numa ação declaratória posterior, além de, em determinados casos, mitigar sua utilização extrajudicial.

Isso porque a prova seria produzida antecipadamente, mas como se argumentou no capítulo 3, sem eficácia numa demanda posterior pela ausência de contraditório. Do mesmo modo, o réu que não participou da produção antecipada da prova pela ausência ou nulidade de citação pode não se convencer das informações obtidas, por desconfiar da

parcialidade em sua produção, o que mitiga a sua influência numa solução autocompositiva¹¹⁷.

Em relação à incompetência do juízo (art. 337, II, do CPC) poderá ser arguida pelo réu sempre que a prova não ocorrer i. no local onde deva ser produzida (por exemplo, a perícia para determinar a área de um terreno pode ser proposta no foro do imóvel) ou ii. domicílio do réu (art. 381, §2º, do CPC).

Destaque-se que o Código de Processo Civil previu concorrência de foros. O primeiro é critério territorial funcional, para produzir a prova no local onde estejam as fontes. O segundo é critério territorial puro, que se baseia na regra geral da necessidade do réu ser demandado em seu foro¹¹⁸.

Contudo, a doutrina concorda que essa regra deve ser interpretada de boa-fé e alinhada ao interesse público¹¹⁹. Isso significa que, dependendo da prova produzida, deve ser dada preferência ao foro da fonte de prova em detrimento do domicílio do réu¹²⁰. Basta pensar no exemplo da dificuldade de realizar perícia para obter real área de imóvel localizado em outro foro, até mesmo distante, daquele no qual está domiciliado o réu.

Por fim, a conexão ou continência (art. 337, VIII, do CPC) ocorrerá quando houver produção antecipada de provas ou ação declaratória de direito em curso sobre o

¹¹⁷ “Ademais, a vinculação das partes à prova produzida – ao menos em seus aspectos extrínsecos – é autorizada pela oportunidade de participação sob o crivo do contraditório. Com efeito, sendo destinatários da prova produzida, a eficácia desta exige a presença dos interessados. Essa participação, ao mesmo tempo em que se apresenta como condição de eficácia da prova, revela-se como fator de legitimação do resultado da atividade estatal.” (YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 261)

¹¹⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coords.). Breves Comentários ao novo código de processo civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Livro digital – Comentários ao art. 381 a 383.

¹¹⁹ “Mas, consideradas as peculiaridades do caso concreto, desde que isso não prejudique o devido processo legal e o acesso à justiça, é possível dar-se preferência ao foro em que se situam as fontes de prova; ainda que em eventual detrimento à conveniência do réu de ser demandado em seu próprio domicílio” Idem, Livro digital – Comentários ao art. 381 a 383. No mesmo sentido: DIDIER JR., Freddie. Produção Antecipada da Prova. *In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio et al. Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos.* Londrina: Editora Thoth, 2021. p. 198.

¹²⁰ Essa opinião é similar à competência da ação popular. Embora a demanda sirva-se de competência territorial, podendo ser ajuizada no foro de domicílio do autor, a doutrina e a jurisprudência convergem em afirmar que a competência que melhor se aplica é a funcional, do local do dano. V. AgInt no REsp 1.883.545/DF, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 4.10.2021.

mesmo fato. A lógica parte da necessidade de evitar uma nova incursão na esfera jurídica do réu e prestigiar a efetividade da jurisdição e a economia processual¹²¹.

Sendo assim, sempre que o réu arguir a existência de ação de produção antecipada de provas em curso sobre o mesmo objeto, ou mesmo ação declaratória de direito, será caso de conexão da primeiro e litispendência da segunda, o que autorizará, uma vez acolhida a defesa, a reunião da ação de produção antecipada de provas com a anterior ou então a sua extinção¹²²

6.3.2 Defesas processuais peremptórias em espécie

As defesas processuais peremptórias são aquelas cujo acolhimento implicará a extinção do processo sem resolução de mérito. Diferentemente das defesas dilatórias, as quais implicam demora, as defesas peremptórias põem fim ao processo, ensejando uma sentença terminativa (art. 485, do CPC).

A inépcia da petição inicial (art. 337, IV, do CPC) ocorre segundo as hipóteses do art. 330, §1º, do CPC, ou seja: 1. lhe faltar pedido ou causa de pedir; 2. o pedido for indeterminado, salvo as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico; 3. da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão; e 4. contiver pedidos incompatíveis entre si.

Essa é a defesa processual possui grande relevância, dada a intrínseca relação com os elementos da demanda. A causa de pedir deve existir e não pode ser contraditória (pois é o pressuposto do pedido). Do mesmo modo, o pedido deve certo e, por regra, determinado (ressalvadas as situações de impossibilidade, mencionadas no capítulo 5). A

¹²¹ “Portanto, tratando-se do exercício do direito à prova, com os contornos aqui delineados, analogamente ao que se passa em relação ao processo cujo objeto é a declaração de direito, parece também correto se afirmar que a garantia do acesso à justiça não tolera seja dada pretensão trazida ao Poder Judiciário mais de uma vez.” (YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 401.)

¹²² Nesse sentido, não é possível a ação de produção antecipada de provas incidental. V. em sentido contrário: JÚNIOR, Fredie Didier *et al.* Curso de Direito Processual Civil vol. 2 – 11ª edição. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016. p. 142; e ANTUNES, Thiago Caverson. Produção Antecipada em Caráter Incidental. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio *et al.* Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina, Editora Thoth. 2021, pp. 415/424.

importância desses elementos estarem bem definidos é saber os limites da produção antecipada de provas e o tipo de prova que será produzida¹²³.

Em relação à perempção (art. 337, V, do CPC), ocorrerá sempre que o autor abandonar a ação de produção antecipada de provas por três vezes. É fenômeno difícil, talvez impossível de acontecer, pois a natureza dúplice da ação de produção antecipada de provas significa a possibilidade de o réu requerer provas sobre o mesmo fato, o que traria coisa julgada sobre os fatos (e a impossibilidade de nova incursão na esfera jurídica do autor para produção de provas).

A litispendência (art. 337, VI, do CPC) poderá ser arguida quando houver em curso ação antecipada de provas com mesmas partes, causa de pedir e pedido. A razão aqui é de economia processual, não de decisões contraditórias, já que não há declaração de direito.

A existência da coisa julgada (art. 337, VII, do CPC) é um tema polêmico da ação antecipada de provas. Num primeiro momento, não parece possível admitir a coisa julgada, dado que não há pronunciamento de mérito¹²⁴.

Além disso, a tutela jurisdicional do direito à prova escapa à “imutabilidade dos efeitos da sentença”, segundo a definição de coisa julgada de Liebman¹²⁵. A prova produzida é incompleta, dado que sua valoração ocorrerá em momento posterior, sendo facultado ao juiz inclusive solicitar a produção de novas provas caso não se convença ou encontre vícios naquela produzida antecipadamente. Nesse sentido, a eficácia natural da coisa julgada estaria comprometida.

Contudo, não parece adequado defender a possibilidade de, sendo a ação de produção antecipada de provas julgada improcedente, seja porque o autor não demonstrou preenchimento das condições da ação (e aqui relembramos a natureza concreta do direito

¹²³ “Tais elementos identificadores [partes, pedido e causa de pedir] são relevantes para determinar fenômenos como a conexão, a continência, a prejudicialidade, a litispendência e a coisa julgada; fenômenos que, quando menos, merecem ser investigados na perspectiva de um processo cujo objeto seja exclusivamente a produção de certa prova, fora do contexto de urgência” (YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 387)

¹²⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo – 31^a edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2015. p. 342.

¹²⁵ É conhecida a crítica à definição de Liebman. José Ignácio Botelho de Mesquita afirma, com razão, que “os direitos criados pela sentença estarão sempre sujeitos às vicissitudes por que passam os direitos em geral. Podem extinguir-se, pode perecer o seu objeto ou podem ficar encobertos, se ocorrer a prescrição”. (MESQUITA, José Ignacio Botelho de. A coisa julgada. São Paulo: Editora Forense, 2004. p. 18.)

à prova, que não admite sentença terminativa) ou porque o réu opôs limitações de ordem legal, como a proteção ao sigilo ou à intimidade, seja novamente proposta.

É útil a definição de coisa julgada de Ovídio Baptista da Silva, que a conceitua como “a qualidade que torna indiscutível o efeito declaratório da sentença, uma vez exauridos os recursos com que os interessados poderiam atacá-la”¹²⁶. Ao afirmar que o que a coisa julgada protege é o efeito declaratório, não constitutivo, evitam-se os problemas supracitados. Afinal, não terá sido constituída nenhuma prova, apenas havido provimento jurisdicional sobre a impossibilidade de o autor produzi-la.

Noutra perspectiva, mas que também vai ao encontro da defesa da coisa julgada, é a lição de Chiovenda sobre a sentença declaratória de ausência de condições da ação. O autor, que se filia à teoria concreta, afirma que a verificação daquelas é uma questão de mérito, o que implica formação de coisa julgada material na sentença da carência e a impossibilidade de nova propositura, a menos que surja fato novo¹²⁷.

Esse raciocínio aplica-se perfeitamente ao que defendemos: o direito à prova e a ação de produção antecipada de provas possuem natureza concreta.

Portanto, deve-se compreender a sentença de improcedência da produção antecipada de provas como tutela declaratória negativa em favor do réu, a significar a impossibilidade da produção antecipada daquela prova¹²⁸.

Nesse ponto, uma questão que surge diz respeito às exceções de prescrição ou decadência do direito do subjacente do autor. Poderia o juiz reconhecer-las e indeferir a produção antecipada da prova, sem que isso significasse manifestação sobre os fatos e as suas consequências jurídicas e, portanto, violação ao art. 382, §2º, do CPC?

Para responder essa pergunta, é preciso lembrar que não há produção antecipada de prova sem um legítimo interesse. Embora o direito seja autônomo, não significa

¹²⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da e GOMES, Fábio Luiz. Teoria Geral do Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 320.

¹²⁷ COSTA, Susana Henriques da Costa. Condições da Ação. São Paulo, Quartier Latin, 2005. pp. 26/27.

¹²⁸ Nesse mesmo sentido, embora com uma posição mais permissiva em relação à defesa, ver JÚNIOR, Lírio Hoffmann. Os limites objetivos da coisa julgada nas ações probatórias autônomas. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio et al. Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos. Londrina: Editora Thoth, 2021. pp. 521/536.

desvinculado de uma relação jurídica e isento de um juízo de utilidade numa ação declaratória posterior. É dizer, se inútil a prova, não existirá o direito à sua produção¹²⁹.

A existência de convenção de arbitragem (art. 337, X, do CPC) significa acordo entre as partes para deixar a solução do conflito a cargo da jurisdição arbitral, afastando-se a resolução do conflito da jurisdição estatal. Nesse sentido, acolhida a defesa, a medida seria indeferida, extinta sem resolução de mérito.

A questão interessante e já explorada no capítulo 5.2 é saber se, sendo a ação antecipada de provas uma ação para tutela do direito autônomo à prova, isto é, desvinculado de uma declaração de direito, deverá ser instalado um juízo arbitral apenas para tanto.

A jurisprudência¹³⁰ entende que não é possível produzir prova antecipadamente na jurisdição estatal pelas hipóteses do art. 381, II e III, do CPC, devendo a medida ser ajuizada novamente no juízo arbitral. Aqui é uma hipótese na qual, embora haja improcedência da produção antecipada de provas, não haverá óbice à nova propositura da ação no foro correto, isto é, o arbitral.

A exceção à regra é dada à cautelar de produção antecipada de provas, pelo entendimento do art. 381, I, do CPC e do art. 22-A da Lei nº 9.307/96. A norma consubstanciada por ambos os artigos afirma possível requerer a produção antecipada de provas perante a jurisdição estatal mesmo quando houver convenção de arbitragem, se houver risco de perecimento à prova.

6.4 Defesas de mérito

As defesas de mérito, diferentemente das defesas processuais, são as que contrariam o direito material do autor, não a possibilidade ir a juízo reclamá-lo¹³¹. Caso acolhidas, gerarão uma sentença de improcedência do pedido.

¹²⁹ “Assim, a interpretação conforme a Constituição (art. 5º, LIV e LV) autoriza dizer que a limitação ali estabelecida se justifica apenas no limite do que constou do §2º do art. 382 e considerando a circunstância de que no processo da antecipação não são valorados fatos e menos ainda resolvidas questões de mérito; exceto se para justificar a inadmissibilidade da prova ou de sua antecipação” YARSHELL, Flávio Luiz. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coords.). Breves Comentários ao novo código de processo civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Livro digital – Comentários ao art. 381 a 383.

¹³⁰ Remete-se o leitor à jurisprudência citada na nota de rodapé nº 89 do capítulo 5.2.

¹³¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil – vol. único – 14ª edição.* São Paulo: Editora Juspodivm, 2022. p. 669.

A lição de Cândido Rangel Dinamarco traz o desenvolvimento do direito de ação em sentido amplo a partir de uma “escalada de intensidade”¹³², que se inicia no direito incondicionado de ingressar em juízo (direito de demandar), passa pelo direito a um provimento de mérito (direito de ação, desde que atendidos os pressupostos processuais e as condições da ação) e termina no direito a um julgamento favorável (se o autor estiver respaldado pelo direito material)¹³³.

As defesas de mérito, portanto, buscam coibir o desenvolvimento da ação em sua última etapa, mostrando ao Estado que o autor não se encontra amparado pelo direito material e, portanto, não tem direito a um julgamento favorável. Nessa perspectiva, significam ou a impugnação direta das alegações do réu, por exemplo, “os fatos não ocorreram dessa maneira”, ou indiretamente, “os fatos ocorreram dessa maneira, mas ocorreu fato impeditivo, modificativo ou extintivo do seu direito”.

Na ação de produção antecipada de provas, não há defesas de mérito no sentido clássico. Isso porque o mérito da ação é o próprio direito à prova que, como antecipado no capítulo 2, trata-se de direito potestativo, exercido contra o réu, por ação de natureza concreta para fazer valer a vontade da lei¹³⁴.

Contudo, esse direito potestativo não se confunde com direito ilimitado. O seu exercício segue sujeito à demonstração das razões que justificam a necessidade de antecipação e deverá ser seguido pela menção precisa dos fatos sobre os quais a prova haverá de recair (art. 382, *caput*, do CPC). Isso ocorrerá quando houver o preenchimento dos pressupostos processuais, das condições da ação e da verificação de inexistência de uma vontade da lei a impedir a produção antecipada de provas. A análise do mérito, portanto, se confunde com a verificação de todos esses elementos.

Isso significa que, ao serem verificados os pressupostos processuais, as condições da ação e a inexistência de impedimento legal, há procedência da ação e produção da

¹³² “Existe, como se vê, uma escalada de intensidade entre os poderes e faculdades de que o Estado municia as pessoas para a defesa judicial de seus interesses, de modo que (a) todos têm faculdade de ingressar em juízo, independentemente de terem o direito alegado e mesmo de serem amparados pelas condições da ação; b) tem o poder de exigir o provimento jurisdicional final quem estiver amparado pelas condições da ação, quer tenha ou não o direito subjetivo material alegado; c) só tem direito à tutela jurisdicional quem reunir as condições e ainda desfrutar do direito subjetivo material alegado (no processo de conhecimento, fará jus à sentença favorável).” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil – 8^a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 384.)

¹³³ YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 321.

¹³⁴ Idem, p. 327.

prova. Não verificados, há improcedência da ação. A diferença é que, enquanto noutra perspectiva esses elementos ensejariam uma sentença terminativa, aqui é dada uma sentença de mérito.

Para exemplificar, na ação de produção antecipada de provas o acolhimento de defesa do réu sobre a impossibilidade do exercício do direito à prova em razão da inexistência de relação jurídica entre as partes significa a ausência de condições da ação, pela falta de interesse de agir. Contudo, a sentença não será terminativa (art. 485, VI, do CPC), mas de improcedência da produção antecipada de provas, dado que a ausência das condições da ação e a improcedência do pedido e confundem.

6.4.1 As condições da ação na ação de produção antecipada de provas

Na Teoria Geral do Processo, as condições da ação são os requisitos para o exercício do direito de ação, ou seja, para saber se a tutela pleiteada na ação é possível¹³⁵. Esse elemento é importante para verificar se a tutela jurisdicional não será inútil, seja porque inessária, seja porque o autor dela não irá usufruir¹³⁶.

Partindo-se do conceito de escalada de intensidade, equivalem ao juízo de admissibilidade da análise do mérito e são verificadas após o exercício do direito de demandar. Na doutrina clássica, as condições da ação podem ser entendidas como interesse de agir, a legitimidade para agir e a possibilidade jurídica do pedido¹³⁷.

No âmbito da ação de produção antecipada de provas não é possível a extinção sem resolução de mérito. A isso se atribui a natureza concreta do direito à prova, que pode ser classificado como um direito processual material. Essa é a razão pela qual o mérito da

¹³⁵ É verdade que o Código de Processo Civil de 2015 não utilizou mais o termo condições da ação. Contudo, isso não significa que o instituto tenha deixado de existir, mesmo porque o art. 17 alude a “interesse” e “legitimidade”, que são elementos daquele.

¹³⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo - 4^a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. pp. 85/91.

¹³⁷ O Código de Processo Civil de 1973, que teve influência de Liebman, admitia a possibilidade jurídica do pedido, conceituada pela “admissibilidade em abstrato do provimento do pedido”, como uma das condições da ação. Contudo, o Mestre italiano abandonou após a Lei nº 898 de 1970, que instituiu o divórcio na Itália, e inseriu a possibilidade jurídica como um elemento do interesse agir. V. LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil – 3^a edição. – trad. e notas. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. pp. 203/205.

ação antecipada de provas se confunde com a verificação das condições da ação. Estudar-se-á cada uma delas.

O interesse de agir é um “interesse processual, secundário e instrumental”¹³⁸, que decorre da “necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial”¹³⁹. Não é a própria lesão ao direito (que pode não existir), mas o interesse do demandante em promover a ação para repará-lo. Portanto, é preciso verificar “a relação de utilidade entre a afirmada lesão de um direito e o provimento de tutela jurisdicional do pedido”¹⁴⁰.

Isso significa haver interesse de agir sempre que se o interesse alegado pelo demandante se alinhar ao do Estado na administração de justiça. O Estado pretende uma tutela jurisdicional capaz de pacificar e fazer valer o ordenamento jurídico. Se o demandante alega uma crise jurídica, que prescinde da atuação do Estado, é porque há interesse de agir¹⁴¹.

Na produção antecipada de provas, o autor deve demonstrar as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e os fatos sobre os quais a prova (os meios de prova) há de recair (art. 382, *caput*, do CPC). Isso se confunde com a verificação das condições da ação.

A defesa que tencione a improcedência da produção antecipada de provas pela ausência de interesse de agir deve demonstrar a inadequação da causa de pedir a uma das hipóteses previstas no art. 381, do CPC, cujos limites foram delimitados no capítulo 4, a inadequação ou inépcia dos pedidos, cuja forma foi delimitada no capítulo 5, para os quais direcionamos o leitor.

A possibilidade jurídica do pedido é a inexistência de proibição do ordenamento jurídico ao pedido do autor¹⁴². Nas palavras de Liebman, é a “admissibilidade em abstrato do provimento do pedido”. É dizer, não pode ser apreciado o mérito de uma demanda cujo provimento pedido o juiz não pode pronunciar. Por exemplo, quando se pede a declaração de constitucionalidade de uma lei em tese por meio de uma ação ordinária,

¹³⁸ Idem, pp. 203/205.

¹³⁹ Idem, pp. 203/205

¹⁴⁰ Idem, pp. 203/205.

¹⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil – 8^a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 404.

¹⁴² COSTA, Susana Henriques da Costa. Condições da Ação. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 55.

há impossibilidade jurídica do pedido, pois as normas em abstrato só são atacáveis por meio das ações de controle concentrado¹⁴³.

No Código de Processo Civil de 2015, a possibilidade jurídica do pedido deixou de ser uma condição da ação e tornou-se uma questão de mérito. Essa observação é importante em termos teóricos, mas não muda o resultado de nossa investigação, dado que o mérito da ação de produção antecipada de provas será julgado procedente quando verificado o preenchimento das condições da ação.

Na produção antecipada de provas, a impossibilidade jurídica do pedido se traduz em produção de provas vedadas pelo ordenamento jurídico, sejam as provas ilegais ou imorais (art. 369, do CPC), sejam as provas acobertadas garantia constitucional do sigilo (art. 5º, X, e XII, da CF).

Uma questão interessante diz respeito à prática da *“fishing expedition”*, que significa o requerimento de produção de provas especulativo, amparado em razões frívolas, que busca a obtenção genérica de provas passíveis de utilização contra o réu. Embora mais comum no Processo Penal, manifesta-se no Processo Civil em especial quando há produção de provas acobertadas pelas garantias dos segredos industriais.

A produção dessas provas (e revelação dos segredos) podem implicar prejuízos irreparáveis à parte que os revele, deve haver cuidado no manejo da prova. A legislação aplicável, o art. 206 da Lei nº 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial), traz a obrigação de decretação de segredo de justiça quando houver revelação de segredos de indústria ou comércio, mas isso não é suficiente.

É sabido que o Processo Judicial Eletrônico significa facilidade de consulta aos autos e de compartilhamento de informações. Isso por vezes é acompanhado de ineficácia das limitações de consulta a quem não seja parte, o que pode implicar a revelação e divulgação ampliada de segredos industriais. É por essa razão que, ao se tratar de segredos industriais, as Partes, os Auxiliares da Justiça e o Juiz devem ser diligentes no manejo de informações.

Exemplos de ações diligentes seriam: 1. exibição de documentos apenas ao órgão jurisdicional, com disponibilização à parte contrária apenas do que reputar essencial para

¹⁴³ V. AgInt nos EDcl no REsp nº 1.356.673/AP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 16.5.2017; REsp nº 1.081.968/SC, rel. Min. Castro Meira, j. em 6.10.2009.

provar o que se pretende e 2. limitação de acesso a peritos e assistentes, com exigência de assinatura de compromisso para evitar divulgação de segredos, a exemplo da assinatura de *non disclosure agreement*, também conhecido como “NDA”¹⁴⁴.

Por último, a legitimização para agir é a verificação da pertinência do direito de ação para o sujeito que demanda e para o que é demandado¹⁴⁵. Parte da premissa jurisdicional de que o Estado não deve (e nem poderia) processar ações de quaisquer sujeitos, apenas “àquele que a invoca para si, com referência a uma relação jurídica da qual seja possível pretender uma razão de tutela a ser favor”.

De outro lado, também não é qualquer um que deve figurar no polo passivo, reservando-se essa posição apenas “ao titular do interesse oposto, isto é, àquele sobre o qual o provimento pedido deverá produzir os seus efeitos, ou sobre quem deverá operar a tutela jurisdicional postulada pelo autor”¹⁴⁶.

Na ação de produção antecipada de provas, nem sempre é possível aplicar o padrão ouro da legitimidade, a titularidade de posição na relação jurídica de direito material¹⁴⁷. Embora nas hipóteses do art. 381, I e II, do CPC, seja possível, na hipótese do art. 381, III, do CPC, não¹⁴⁸.

Nesse sentido, a legitimidade para a ação de produção antecipada de provas, ao menos na hipótese da modalidade investigativa do art. 381, III, do CPC, deve ser aferida não a partir da titularidade de posição em relação jurídica de direito material e sim a partir da utilidade da produção antecipada de provas à finalidade de pacificação social ao autor e ao réu¹⁴⁹. Assim, é possível delinear um limite seguro de atuação jurisdicional para tutela do direito autônomo à prova.

¹⁴⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil – 3^a edição. trad. e notas. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 165/172.

¹⁴⁵ Não se deve esquecer das hipóteses de legitimação extraordinária (substituição processual), isto é, o exercício de direito de ação alheio em nome próprio, comuns no âmbito do processo coletivo. V. LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil – 3^a edição. trad. e notas. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. pp. 211/212.

¹⁴⁶ Idem, pp. 209/210.

¹⁴⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo - 4^a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. pp. 98/100.

¹⁴⁸ “(...) 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, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 364).

¹⁴⁹ Idem, pp. 367/368.

7. JURISPRUDÊNCIA

Realizou-se análise jurisprudencial sobre a defesa na ação de produção antecipada de provas no repositório do Superior Tribunal de Justiça.

Os termos chave foram “defesa” e “produção antecipada de provas”, que resultaram em 217 acórdãos. Posteriormente, tratou-se de excluir: 1. acórdãos da 5^a e 6^a Turmas, dado que envolviam matéria penal; 2. acórdãos de produção antecipada de provas sob as normas do CPC/73; e 3. acórdãos que não tratava diretamente de ação de produção antecipada de provas, o que reduziu o universo de acórdãos a 12 ocorrências.

Durante a análise dos acórdãos, encontraram-se outros 2 acórdãos¹⁵⁰ citados como precedentes, que foram incluídos na pesquisa. Em razão disso, a pesquisa de jurisprudência realizou-se sobre um universo de 14 acórdãos.

A análise de cada ocorrência centrou-se no objeto do recurso e dos acórdãos pertinentes à defesa na produção antecipada de provas. Confira-se o quadro abaixo:

| RECURSO | PRETENSÃO | RESULTADO |
|--|---|---|
| AgInt no AREsp nº 1.348.282/RS, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 30.11.2018. | Reforma do acórdão que indeferiu pedido de produção de novas provas pelo autor em razão de cerceamento de defesa. | Agravo interno desprovido. Juízo de existência ou não de cerceamento de defesa pelo indeferimento do pedido esbarraria no óbice da Súmula nº 7/STJ |
| AgInt no AgInt AREsp nº 1.572.393/PR, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 24.8.2020. | Insurgência contra decisão que deferiu pedido de produção antecipada de provas. | Agravo interno desprovido. A impugnação na produção antecipada de provas somente é cabível em caso de decisão denegatória. |

¹⁵⁰ Os acórdãos citados como precedentes na amostra original e incluídos na pesquisa são: AgInt no REsp nº 1.893.155/PR e AgInt no AREsp nº 1.936.664/SC.

| | | |
|---|--|---|
| REsp nº 1.783.687/SE , rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 24.9.2019. | <p>Insurgência contra a não-condenação em honorários de sucumbência.</p> <p>Alegação de que a seguradora (recorrida) negou-se a exibir documentos, o que motivou o ajuizamento de produção antecipada de provas julgada procedente. Em razão do princípio da causalidade, deveria haver condenação sucumbencial.</p> | <p>Recurso especial desprovido.</p> <p>A recusa ao envio de documentos, mormente quando exigido seu envio ao escritório do advogado autor em outro Estado, não configura resistência à pretensão. Além disso, segundo a norma do art. 382, §4º, do CPC, na produção antecipada de provas não se admite defesa ou recurso.</p> |
| AgInt nos EDcl no RMS nº 61.128/GO , rel. Min. Raul Araújo, j. 6.10.2020. | <p>Insurgência contra decisão homologatória de laudo pericial produzido em antecipada de provas, dado que teria ocorrido liminarmente, sem participação.</p> | <p>Agravo interno desprovido.</p> <p>A decisão cautelar na produção antecipada de provas é meramente homologatória. Não é cabível pedido de nulidade neste procedimento, mas no âmbito da ação principal.</p> |
| AgInt no REsp nº 1.773.386/RJ , rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 16.11.2020. | <p>Menção que não diz respeito à defesa na produção antecipada de provas.</p> | <p>Menção que não diz respeito à defesa na produção antecipada de provas.</p> |
| AgInt no REsp nº 1.893.155/PR , rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 26.4.2021. | <p>Insurgência contra o deferimento liminar de produção antecipada de provas</p> | <p>Agravo interno desprovido.</p> <p>Não se admite defesa ou recurso na produção antecipada de provas. O recurso é admissível apenas quando a decisão indeferir o pleito de produção antecipada de provas, conforme o sentido literal do art. 382, §4º, do CPC.</p> |

| | | |
|--|---|---|
| AgInt no AgInt no AREsp nº 1.751.492/PR, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 11.5.2021. | <p>Insurgência quanto ao não conhecimento da apelação e à não condenação em honorários de sucumbência.</p> <p>Alegação de que houve: 1. prejuízo à defesa pelo não conhecimento da apelação e 2. pretensão resistida à exibição de documentos, o que deveria ensejar condenação sucumbencial.</p> | <p>Agravo interno desprovido.</p> <p>O acórdão está em conformidade com o entendimento do STJ. O recurso só é admissível quando houver indeferimento do pedido de produção antecipada de provas e só deve haver condenação em honorários de sucumbência quando houver resistência ao atendimento do pedido.</p> |
| AgInt no REsp nº 1.904.789/RS, rel. Min. Herman Benjamin, j. 4.5.2021. | <p>Insurgência quanto à violação do sigilo fiscal e das prerrogativas da advocacia pelo deferimento de provas de quebra de sigilo bancário e busca e apreensão no escritório do advogado.</p> | <p>Agravo interno desprovido.</p> <p>Ausência de violação: 1. ao contraditório e à ampla defesa (art. 382, §1º, do CPC); 2. à garantia do sigilo, dado que o Fisco pode requisitar informações bancárias sem intermediação judicial; e 3. às prerrogativas da advocacia, dado que a agravante estava sendo investigada relativamente à qualidade de sócia de empresa.</p> |
| AgInt no AREsp nº 1.936.664/SC, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 8.8.2022. | <p>Insurgência quanto ao não conhecimento da apelação em sentença que homologou prova produzida antecipadamente.</p> | <p>Agravo interno desprovido.</p> <p>O acórdão está em conformidade com o entendimento do STJ. O recurso só é admissível quando houver indeferimento do pedido de produção antecipada de provas</p> |

| | | |
|--|---|---|
| REsp nº 2.037.088/SP , rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 7.3.2023. | Insurgência quanto ao não conhecimento de agravo de instrumento, sob fundamento da vedação do art. 382, §4º, do CPC, interposto contra decisão que determinou liminarmente a exibição de documentos. | Recurso especial provido. A disposição do art. 382, §4º, do CPC, não comporta interpretação literal. A vedação à defesa diz respeito a matérias impertinentes à produção antecipada de prova, não relacionados ao direito autônomo à prova, a exemplo da ligação da prova requerida com o direito material subjacente. Acórdão reformado, transcendendo a decisão de primeiro grau, para possibilitar ao réu o oferecimento da defesa, desde que pertinente ao procedimento de produção antecipada de provas. |
| AgInt no AgInt no AgInt no REsp nº 2.006.586/MT , rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 21.8.2023. | Insurgência contra acórdão que conheceu de agravo de instrumento contra decisão que determinou cautelarmente a suspensão das atividades empresariais para realização de prova pericial, sob fundamento de vedação do art. 382, §4º, do CPC. A decisão de primeiro grau teria autorizado cautelarmente perícia e determinado obrigação de suspender as atividades empresariais. | Agravo interno desprovido. O acórdão que conheceu do agravo de instrumento estava em conformidade com a jurisprudência atual do STJ, a qual adota uma interpretação não literal do art. 382, §4º, do CPC, e autoriza defesa em hipóteses específicas como a do caso em debate. |

| | | |
|---|---|---|
| AgInt no RMS nº 68.578/SP , rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 27.11.2023. | <p>Insurgência contra o não conhecimento de agravo de instrumento, sob fundamento da vedação do art. 382, §4º, do CPC, contra decisão em produção antecipada de provas.</p> <p>A decisão teria autorizado perícia por perito inepto e, portanto, seria ilegal. Houve cerceamento de defesa ao não viabilizar o conhecimento do mandado de segurança.</p> | <p>Agravo interno desprovido.</p> <p>Não houve cerceamento de defesa. A parte agravante exerceu inúmeras vezes o contraditório. O indeferimento de seus pedidos não significa o cerceamento do direito de defesa.</p> |
| AgInt no AREsp nº 1.948.594/MG , rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, j. 29.11.2023. | <p>Insurgência contra o não conhecimento de agravo interno contra decisão que deferiu prova pericial.</p> <p>A decisão rejeitou a contestação, que pediu extinção sem resolução de mérito e, em sequência, deferiu a prova pericial. O agravo de instrumento interposto contra a decisão não foi conhecido, sob fundamento da vedação do art. 382, §4º, do CPC.</p> | <p>Agravo interno provido para dar parcial provimento ao recurso especial.</p> <p>Apesar da jurisprudência consolidada pela impossibilidade de oferecimento de defesa, a melhor interpretação do art. 382, §4º, do CPC, não é literal.</p> <p>A vedação à defesa diz respeito a matérias impertinentes à produção antecipada de prova, não relacionados ao direito autônomo à prova, a exemplo do mérito de futuro pedido a respeito do direito material subjacente.</p> <p>É possível a apresentação de defesa para análise de questões de ordem pública, como legitimidade, interesse de agir, cabimento e realização de contraprova.</p> |

| | | |
|---|--|---|
| REsp nº 2.043.440/RJ , rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 29.11.2023. | Insurgência contra o não conhecimento de agravo interno contra decisão que deferiu decisão liminar e em processo sigiloso de realização de prova pericial. | Recurso especial provido. A vedação à defesa do art. 382, §4º, do CPC, não é absoluta, e diz respeito às discussões antecipatórias do mérito. Questões relativas à admissibilidade da ação de produção antecipada de provas não podem ser cerceadas, sob pena de violação à ampla defesa e ao contraditório. |
|---|--|---|

A pesquisa de jurisprudência demonstra ter havido transformação na interpretação do STJ a respeito da vedação à defesa do art. 382, §4º, do CPC.

Inicialmente, não se admitia defesa, salvo contra decisão que inadmitia totalmente a produção antecipada de provas. Atualmente, a partir do julgamento do REsp nº 2.037.088/SP, reconheceu-se a impossibilidade de interpretação literal do dispositivo, de modo que seja facultado o oferecimento de defesas que versem sobre a relação do direito autônomo à prova com o direito material subjacente, bem como relativas à pertinência da prova que se busca produzir ao que se pretende provar.

Essa transformação pode ser atribuída ao esforço doutrinário para conferir uma interpretação adequada ao dispositivo. Da motivação dos acórdãos que inauguraram a viragem jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e, posteriormente, daqueles que seguiram a jurisprudência, percebe-se fundamentação nos comentários doutrinários para uma melhor interpretação do dispositivo.

8. CONCLUSÃO

Neste trabalho, buscou-se compreender a partir de pesquisa doutrinária e jurisprudencial os limites da defesa na ação de produção antecipada de provas.

Inicialmente, estudou-se a história da produção antecipada de provas, as teorias sobre o direito autônomo à prova e que influenciaram a sua criação no Código de Processo Civil de 2015, a natureza jurídica, as questões pertinentes à defesa e os elementos da ação de produção antecipada de prova. Por fim, estudou-se o exercício da defesa propriamente dito, dividindo-se em defesas processuais e de mérito, buscando-se realizar uma teorização de seus limites.

Posteriormente, analisou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito do exercício da defesa na produção antecipada de provas. Foi possível constatar que a jurisprudência abandonou uma interpretação literal do art. 382, §4º, do CPC, que permitia o exercício de defesa ou recurso apenas quando houvesse indeferimento total da decisão, para uma interpretação abrangente, que possibilita a defesa a respeito da admissibilidade da ação de produção antecipada de provas à luz da relação de direito material subjacente e da relação da prova com o fato que se pretende provar. Isso significa uma evolução no entendimento jurisprudencial, dado que, como defendido pela doutrina e neste trabalho, a interpretação literal do art. 382, §4º, do CPC, é inconstitucional.

Em síntese, o exercício do direito de defesa na ação de produção antecipada de provas é admissível e deve levar em consideração a natureza potestativa do direito autônomo à prova. Para tanto, o autor deverá demonstrar as razões que justificam a necessidade de antecipação e mencionar com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair (art. 382, *caput*, do CPC), o que se confunde com a verificação dos pressupostos processuais, das condições da ação e da inexistência de vontade da lei a impedir a produção antecipada da prova.

BIBLIOGRAFIA

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Comentários ao Código de Processo Civil – volume VIII – tomo I – artigos 369 a 404 – das provas: disposições gerais. *In: FONSECA, João Francisco Naves et al. (coords.) Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

ARSUFFI, Arthur Ferrari. *A Nova Produção Antecipada da Prova: Estratégia, Eficiência e Organização do Processo.* Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo – 4^a edição.* São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Provisória – 6^a edição.* São Paulo: Malheiros Editores, 2021.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manuela de Direito Processual Civil – 8^a edição.* São Paulo: Editora Saraivajur, 2022.

CARVALHO, Milton Paulo de. *Do Pedido no Processo Civil.* Porto Alegre: Fabris Editor, 1992.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo – 31^a edição.* São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

CINTRA, Lia Carolina Batista. *Intervenção de terceiro por ordem do juiz: a intervenção iussu iudicis no processo civil.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

COSTA, Susana Henriques da Costa. *Condições da Ação.* São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DIDIER JR., Freddie. *Produção Antecipada da Prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio et al. Produção antecipada da prova: questões relevantes e aspectos polêmicos.* Londrina: Editora Thoth, 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil – 8^a edição.* São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil – vol. I – 8^a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil – vol. III – 8^a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

ECHANDÍA, Hernando Davís. Compendio de la prueba judicial – vol. I. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2000.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. Produção antecipada da prova: procedimento adequado para a máxima eficácia e estabilidade. Londrina: Editora Thoth, 2023.

GRECO, Leonardo. Jurisdição Voluntária Moderna. São Paulo: Editora Dialética, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. Causa de pedir e pedido: o direito superveniente. São Paulo: Editora Método, 2006.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil – 3^a edição. – trad. e notas. Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MARCATO, Antonio Carlos. Procedimentos Especiais – 18^a edição. São Paulo: Editora Atlas, 2021. Livro digital.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo – 27^a edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. A coisa julgada. São Paulo: Editora Forense, 2004.

MOURA, Maria Thereza de Assis. A prova por indícios no processo penal. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

NETO, João Luiz Lessa. Produção autônoma de provas e processo comparado: Brasil, Estados Unidos e Inglaterra. Londrina: Editora Thoth, 2021.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ações probatórias autônomas. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – vol. único – 14^a edição. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento de produção “antecipada” de provas sem requisito de urgência no novo CPC: A teoria dos jogos e a impossibilidade de acordos sem calculabilidade de riscos. *Revista de Processo* – vol. 263/2017.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova Judiciária no Cível e Comercial* vol. I – Parte Geral. São Paulo: Editora Max Limonaid, 1940.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Editora Atlas. 2011.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Defesa na produção antecipada de provas*. *Revista Justiça & Cidadania* – vol. 23/2022.

SILVA, Ovídio A. Baptista da e GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015*. *Revista de Processo* – vol. 260/2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

YARSHELL, Flávio Luiz. *In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coords.). Breves Comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Livro digital – Comentários ao art. 381 a 383.