



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

JOÃO FRANCISCO LIBERATO DE MATTOS CARVALHO FILHO

PROVA ANTECIPADA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Salvador

2017

JOÃO FRANCISCO LIBERATO DE MATTOS CARVALHO FILHO

PROVA ANTECIPADA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Dissertação apresentada como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito Público pelo programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, desenvolvida sob a orientação do Professor Doutor Ricardo Mauricio Freire Soares.

Salvador

2017

Liberato de Mattos Carvalho Filho, João Francisco
Prova Antecipada no Código de Processo Civil Brasileiro /
João Francisco Liberato de Mattos Carvalho Filho. -- Salvador, 2017.
245 f.

Orientador: Ricardo Maurício Freire Soares.
Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) -
- Universidade Federal da Bahia, Direito, 2017.

1. Prova. 2. Produção Antecipada. 3. Direito autônomo à prova.
4. Código de Processo Civil de 2015. I. Freire Soares, Ricardo Maurício. II. Título.

JOÃO FRANCISCO LIBERATO DE MATTOS CARVALHO FILHO

**PROVA ANTECIPADA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Professor Ricardo Maurício Freire Soares

Pós-Doutor (Università degli Studi di Roma La Sapienza, Università degli Studi di Roma Tor Vergata e Università del Salento).

Universidade Federal da Bahia.

Professor Fredie Souza Didier Jr.

Pós-Doutor (Universidade de Lisboa), e Livre-Docente (Universidade de São Paulo).

Universidade Federal da Bahia.

Professor Daniel Assumpção Amorim Neves

Doutor (Universidade de São Paulo).

Salvador, 01 de agosto de 2017

Dedico o presente trabalho para a minha família. Aos meus pais, João e Cristina, ao meu irmão Francisco e também para Deborah, minha companheira de vida. Todos são os pilares que me sustentam, a minha segurança, ponto de conforto, início e fim de tudo.

Dedico, em especial, ao meu avô Chico (*in memoriam*), simplesmente por ter sido quem foi.

AGRADECIMENTOS

Qualquer agradecimento deve ser recheado de gratidão e, no caso deste trabalho, abrange uma infinidade de pessoas.

A primeira delas, Deborah, minha namorada e maior amiga. Por causa do seu apoio, consegui enxergar e alcançar os maiores objetivos até então. Arrisco dizer que acaso ela não estivesse presente o tempo todo, eu não conseguiria. Muito obrigado!

À minha família, Pai e Mãe, por todo o apoio, criação, amor e pequenos gestos. Ao meu irmão por ser parte de mim, pelas conversas, pelas guerras vividas e vencidas. Antes de quaisquer outros, vocês confiaram em mim. Os meus agradecimentos também a Vlad e Fofa, meus eternos e saudosos amores da vida, lembranças constantes em qualquer trajetória. A minha avó Bete e Maroquinha, “mães de todos” dos dois lados da família e que contribuíram direta e indiretamente para que tudo fosse possível.

Agradeço ainda a todos aqueles que de alguma forma participaram nas jornadas profissional e acadêmica, pois se confundem. Aos locais por onde trabalhei: inicialmente à antiga 1ª vara de relações de consumo de Salvador, na figura da Dra. Maria Verônica; aos amigos da Odonto System, na pessoa da minha eterna chefe, Dra. Vanessa, e dos amigos Armando e Bruno Rosado; à SESAB – Secretaria de Saúde do Estado da Bahia, com os amigos Leonardo e Rafael; ao Rego, Nolasco e Lins, onde me formei como advogado e convivi com grandes colegas, dentre os quais posso destacar, entre tantos outros, Camila Cabral, Roberto Cabral, Ubaldo Senna e Waldemiro Lins; e, por fim, aos amigos do escritório Daltro, Castro & Brandão, onde aprendi bastante e dividi a maior parte do tempo com o Mestrado e a docência, nos últimos anos.

Ao meu amigo e irmão João Paulo Barros, que sempre sonhou e projetou todos os passos comigo durante a graduação.

À Universidade Católica do Salvador, minha eterna casa, onde aprendi muito do que sei sobre o direito e a vida. A Faculdade Baiana de direito, onde me pós graduei e onde pude explorar de melhor maneira as obras em matéria de direito processual. Agradeço aos amigos da Biblioteca, sempre dispostos a ajudar.

Além destes, um agradecimento especial ao amigo e Professor Iran Furtado, sem o qual nada disso seria possível, e também para os amigos Felipe Batista, Priscila de Jesus, Mario Coelho e Marcus Seixas, por todas as ajudas nos últimos anos e principalmente por

servirem de fonte de inspiração para mim desde quando passei a me interessar pela vida acadêmica.

Não posso deixar de mencionar os meus alunos do período em que passei como Professor Substituto na UFBA, pois tiveram paciência, foram muito compreensivos e sempre me auxiliaram na dura e tripla tarefa de advogar, frequentar o Mestrado e dar aulas. Também agradeço aos professores João Glicério e Maria Elisa, avaliadores da Banca no concurso para professor e que me deram dicas essenciais que guardo para a vida.

Agradeço, ainda, aos amigos do Programa de Pós-graduação em direito da Universidade Federal da Bahia, incluídos aqui os colegas (principalmente a turma dos “especiais”), funcionários (destaque para Luiza!), e, em especial, os Professores. Nelson Cerqueira, Wilson Alves e Saulo Casali, muito obrigado!

Alguns professores merecem destaque individual. Primeiro, Freddie Didier Jr., exemplo maior para toda a minha geração e que naturalmente me forneceu e ainda fornece incontáveis ensinamentos, seja disponibilizando o seu acervo ou ministrando a matéria que mais frequentei no mestrado, Teoria Geral do Processo. Estar com Freddie é sempre experiência que nos faz crescer.

Também registro especial agradecimento à Professora Paula Sarno Braga, que me deu a honra de ser seu tirocinista, e mais ainda, a honra de ministrar outras aulas em suas turmas subsequentes, sempre com a maior atenção, pacientemente me orientando.

Por fim, o maior agradecimento para o meu Orientador e amigo, Professor Ricardo Maurício Freire Soares, mestre singular, que me acolheu, fornecendo todo o apoio necessário para o desenvolvimento do meu trabalho, me auxiliando em produções acadêmicas diversas, abrindo portas e aconselhando nos momentos de dificuldade. Sem o Professor Ricardo, o mestrado não teria sido tão proveitoso.

Aos demais amigos, parceiros e familiares, por cada gesto e pela compreensão das minhas ausências.

*“(...) For what is a man, what has he got
If not himself, then he has not
To say the words he truly feels
And not the words from one who kneels
The record shows I took the blows
And did it my way.”*

*(My Way, versão da música Comme d'habitude,
de Claude François, por Frank Sinatra / Elvis
Presley)*

RESUMO

A presente dissertação aborda o tratamento conferido pelo novo código de processo civil de 2015 quanto à produção antecipada da prova. Cuida especificamente deste tema em sua abrangência, do direito autônomo à prova e aos aspectos procedimentais. Ao longo do trabalho são analisados a teoria geral do direito probatório, a autonomia em matéria probatória, a possibilidade de antecipação da produção da prova no nosso ordenamento e outros elementos correlatos. A investigação proposta tem o objetivo de lançar uma luz nos institutos centrais, aproximando os aspectos teóricos e práticos. Após analisar o texto legal e os posicionamentos doutrinários existentes, passamos a interpretar todo o material em conformidade com o sistema processual vigente.

Palavras-Chave: Prova. Produção antecipada. Direito autônomo à prova. Código de Processo Civil de 2015.

ABSTRACT

The present dissertation addresses the treatment conferred by the new civil process code of 2015 regarding the anticipated production of evidence. It deals specifically with this subject in its scope, from the autonomous right to the evidence and to the procedural aspects. Throughout the paper we analyze the general theory of probation, autonomy in probation, the possibility of anticipation of the production of evidence in our order and other related elements. The aim of the proposed research is to shed light on central institutes, bringing together theoretical and practical aspects. After analyzing the legal text and the existing doctrinal positions, we begin to interpret all the material in accordance with the current procedural system.

Keywords: Proof. Early Production. Autonomous Law to the proof. Brazilian Civil Procedure Code of 2015.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AIJ	Audiência de Instrução e Julgamento
AJG	Assistência Judiciária Gratuita
CC	Código Civil
c.c	Combinado com
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal Brasileira
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CFRB	Constituição da República Federativa do Brasil
CLT	Termo de Ajustamento de Conduta
CPC	Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015
CPC/39	Código de Processo Civil, Decreto-Lei 1.608/1939
CPC/73	Código de Processo Civil, Lei 5.869/1973
CPC/15	Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015
CPP	Código de Processo Penal, Decreto-Lei 3.689/1941
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Cíveis
INPI	Instituto Nacional da Propriedade Industrial
INSS	Instituto Nacional de Seguridade Social
MP	Ministério Público
NCPC	Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015
NJP	Negócios Jurídicos Processuais
PAP	Produção Antecipada de Prova
Repro	Revista de Processo
RMS	Recurso em Mandado de Segurança
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
TAC	Consolidação das Leis do Trabalho
§	Parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 CONTEXTUALIZANDO A TEORIA GERAL DAS PROVAS: BREVES NOÇÕES	22
1.1 DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA: TRATAMENTO CONSTITUCIONAL	26
1.2 PRINCÍPIOS ORIENTADORES EM DIREITO PROBATÓRIO	30
2 DIREITO PROBATÓRIO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	37
2.1 REGRAMENTO ATUAL	37
2.1.1 Persuasão racional	43
2.2 CPC/73 X CPC/15. EVOLUÇÃO: PRODUÇÃO DAS PROVAS ANTECIPADAS SEM O REQUISITO DA URGÊNCIA (AÇÕES PROBATÓRIAS AUTÔNOMAS)	47
2.3 NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO PROCEDIMENTAL: SUPERAÇÃO DOS MEIOS TRADICIONAIS	54
2.4 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS EM MATÉRIA PROBATÓRIA	56
3 O QUE É O DIREITO AUTÔNOMO À PROVA?	64
3.1 FONTES HISTÓRICAS	65
3.2 CARÁTER PÚBLICO DO PROCESSO E ÔNUS DE PROVAR: DESTINATÁRIO DA PROVA	70
3.3 RELAÇÃO ENTRE A PROVA COMO DIREITO AUTÔNOMO (DIREITO À PROVA) E O DIREITO DE PROVAR	71
3.4 DIREITO COMPARADO	73
3.4.1 Regramento do direito norte-americano	78
4 PRODUÇÃO DE PROVA ANTECIPADA NO NCPC	88
4.1 NATUREZA JURÍDICA DAS PROVAS ANTECIPADAS	93
4.1.1 Caráter dúplice na concepção de Yarshell	95
4.1.2 Tutela cautelar e tutela satisfativa	96
4.2 CLASSIFICAÇÃO	98
4.3 FUNDAMENTOS DO PEDIDO DE PROVA ANTECIPADA: REDUÇÃO DA INCERTEZA DOS RESULTADOS	100

4.3.1 Fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação	106
4.3.2 Prova suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito	107
4.3.3 O prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação	110
4.3.4 Outras hipóteses do art. 381	113
<i>4.3.4.1 O art. 381 e seu caráter não exaustivo</i>	<i>117</i>
<i>4.3.4.2 Inquérito civil e produção antecipada de prova</i>	<i>120</i>
<i>4.3.4.3 Arbitragem e produção antecipada de prova</i>	<i>123</i>
<i>4.3.4.4 Processo administrativo e produção antecipada de prova</i>	<i>125</i>
<i>4.3.4.5 Poder judiciário como mero consultor?</i>	<i>125</i>
4.3.5 Art. 381 do CPC/15. Rol taxativo?	128
4.3.6 Viabilidade econômica do procedimento de produção antecipada de provas	130
4.4 MEIOS DE PROVA, PROCEDIMENTOS PRÓPRIOS E PRODUÇÃO ANTECIPADA	131
4.4.1 Ata notarial	137
4.4.2 O processo de justificação	143
4.4.3 Exibição de documentos	145
4.4.4 Arguição de falsidade	152
4.5 LEGITIMIDADE	154
4.5.1 Litisconsórcio	156
4.6 PETIÇÃO INICIAL E ADMISSIBILIDADE	158
4.6.1 Efeitos da propositura de processo autônomo de produção de prova	161
4.7 COMPETÊNCIA	162
4.8 PROCESSAMENTO	170
4.8.1 Tutela provisória liminar do direito à produção de prova	171
4.8.2 Tutela satisfativa?	172
4.8.3 Citação dos interessados ou possíveis prejudicados	173
4.8.4 Intervenção de terceiros e ampliação subjetiva da lide	176
4.8.5 Defesa	180
4.8.6 Sistema recursal	186

4.8.7 Pedido contraposto e reconvenção na produção antecipada de prova	190
<i>4.8.7.1 Desistência</i>	<i>193</i>
4.8.8 Sentença e entrega dos autos	194
<i>4.8.8.1 Utilização da prova e modo de ingresso em outro processo</i>	<i>199</i>
4.9 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS	201
4.10 ÔNUS DE PROVAR NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA	202
4.11 PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ	209
4.12 VALORAÇÃO	210
4.13 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL	212
5 PROPOSTAS DE INTERPRETAÇÃO E DE ALTERAÇÃO DO SISTEMA	214
CONCLUSÕES	224
REFERÊNCIAS	229

INTRODUÇÃO

O processo civil brasileiro vive um intenso momento de transformações. Não é de hoje que tanto a doutrina como a jurisprudência tentam adequar o sistema processual a uma desejada coerência, não tratando o movimento da simples reforma legislativa recentemente promovida. Saímos de um modelo de processo que já era incapaz de solucionar os objetivos do Estado no emprego da jurisdição, ao menos quanto aos ideais de um processo justo, efetivo e célere. Tais anseios são oriundos da ideia de acesso à justiça que visa minimizar os efeitos da dinâmica social, tomando em conta que a sociedade que é objeto da jurisdição é altamente instável pela própria natureza, e ainda mais num mundo onde o acesso à informação se tornou prioridade, e as pessoas têm consciência disso.

Dentro de uma série de inovações trazidas, aparece a produção antecipada de provas e a ampliação das hipóteses e regramento. Tal mudança parece não ter gerado o interesse da grande parte dos juristas e até dos processualistas, diríamos. Parece que os processualistas – e aqui vamos especificar, pois infelizmente a grande massa dos juristas em geral nem ao menos têm conhecimento das mudanças – não vislumbram o potencial do instituto, seja quanto à possibilidade de mudança no sistema, ou mesmo quanto à utilidade prática. Prova disso é que ainda não há satisfatória quantidade de trabalhos aprofundados quanto ao tema, nem tampouco de julgados, mesmo já estando em vigor a atual sistemática há mais de um ano.

O novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, forjou¹ uma espécie de processo específico, autônomo², destinado à produção da prova antecipada, ampliando as possibilidades antes previstas no CPC/73 e reduzindo a fragmentação dos dispositivos atinentes. Tal possibilidade visa, obviamente, garantir um processo mais eficaz,

¹ Menciona-se “forjou” apenas em atenção à contundente alteração na sistematização do instituto, com o advento do CPC/15, em detrimento dos dispositivos que tratavam do tema no CPC/73. Não se afirma que houve inovação completa, no sentido de trazer algo que antes não tinha tratamento, por óbvias razões.

² Há aparente consenso doutrinário com relação ao entendimento de que o CPC consagra definitivamente o chamado processo probatório autônomo ou direito autônomo à prova. Tal ideal parte do fato de a produção de prova antecipada não mais ser fundada exclusivamente na urgência. Conforme se pode atestar em: YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. NEVES, Daniel Assumpção. *Ações Probatórias Autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008. DIDIER Jr, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 9ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. Nesse sentido também, corrobora a totalidade dos artigos presentes em DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Direito probatório*. Coleção grandes temas do Novo CPC. v. 5. 2ª ed. Salvador, Juspodivm, 2016.

possibilitando a adequação da atuação das partes através de rito diferenciado e específico, assegurando assim um processo que seja mais justo, além de se coadunar com uma série de outras garantias processuais. Tal inovação se relaciona com as ações probatórias autônomas³.

Nesse sentido, a majoração das possibilidades de produção antecipada da prova é medida que atinge o interesse na autocomposição, ou mesmo a possibilidade de ajuizamento ou não de uma ação principal, além da tradicional hipótese de antecipação da prova pelo requisito da urgência. Além disso, também houve melhor regulamentação das outras espécies de provas produzidas de forma antecipada, como no caso da exibição de documento ou coisa.

A relevância do direito probatório é pauta das mais atuais, notadamente a partir do movimento já consolidado de constitucionalização do processo. Trata-se de ramo de importância inquestionável que carecia de atualização legislativa e, conseqüentemente, no seu repertório teórico.

O processo civil tradicional já não se mostra apto a tutelar determinadas situações, seja por trazer noções ultrapassadas que não acompanham a dinâmica da evolução da sociedade, ou mesmo por simplesmente não ser efetivo àqueles que demandam em juízo.

Daí surge a necessidade de se promoverem alterações substanciais, firmadas a partir de reflexões profundas acerca de determinados fenômenos, mas que, contudo, não se esgotam em si próprias, havendo espaço para, a partir dos dispositivos criados, alterar todo o sistema e a aplicação daqueles dispositivos de forma legítima, evitando-se, assim, determinadas situações de insuficiência do sistema para a resolução das situações que se lhe apresentam.

Em outras palavras, a evolução dos dispositivos que se apresentam à frente do clamor social se presta, via de regra, a atender de melhor forma a determinadas demandas. A renovação dos dispositivos em matéria de produção antecipada de prova é exemplo

³ “[...] em determinadas oportunidades, a prova assume o papel principal. Sua relevância para o processo, somada à necessidade de que uma definição a respeito dela vincule as partes e se torne definitiva e imutável, justificam que, uma vez observados determinados pressupostos, a prova se torne o próprio objeto de um processo jurisdicional. Em outros termos: o ordenamento reconhece que um conflito pode estabelecer-se em torno da própria prova – e reputa importante resolvê-lo em caráter principal, e não como simples providência incidental no bojo do processo para o qual essa prova seja útil. Nesses casos, temos aquilo que poderíamos denominar ‘ações probatórias’”. (TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de processo*, v. 260, out/2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 76.)

disso, pois, a despeito de a doutrina já tratar há muito tempo da necessidade de nova previsão, esse posicionamento não era algo que despertasse maiores debates.

Não se trata apenas da evolução normativa no contexto de um novo código, mas da inserção desse código num sistema processual que já aderira às características do chamado pensamento jurídico contemporâneo⁴.

Mesmo não sendo uma evolução que atenda a todas as necessidades em matéria de prova e que, nem de longe nos equipare ao patamar de outros sistemas, já é uma evolução significativa, haja vista que dá maior margem de atuação para as partes, podendo, inclusive, implicar na redução de demandas a longo prazo.

Nesse contexto, no que tange ao direito probatório, e mais especificamente ao universo da prova antecipada, o momento é propício para a reflexão acerca das questões que se apresentam com relação à “teoria pura” do instituto, e por via de consequência, também face à atuação prática nos mais diversos juízos, sendo imprescindível lançar uma luz nessas questões.

Apesar de nos aproximarmos de alguns aspectos da teoria geral do direito probatório, abrangendo as espécies de provas e o seu embasamento constitucional, bem como à luz da teoria geral do direito⁵, este estudo tem como objeto específico a prova antecipada, prevista nos artigos 381 a 383 e também os demais procedimentos de antecipação previstos ao longo do CPC.

É importante dizer que o objeto central do trabalho não é o direito autônomo à prova, mas o caminho passa obrigatoriamente por este. O direito autônomo em si poderia ser objeto de estudo de um trabalho inteiro, mas o nosso objeto aqui é a produção antecipada da prova conforme o NCPC, com maior atenção voltada ao regramento específico da Seção II do Capítulo XII do novo código.

⁴ DIDIER JR., Fredie Souza. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 17ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 39 e ss. O autor menciona como sendo algumas das características: o reconhecimento da força normativa da constituição; o desenvolvimento da teoria dos princípios; a transformação da hermenêutica jurídica no sentido de reconhecer o papel criativo e normativo da atividade jurisdicional; e, por fim, a consagração e expansão dos direitos fundamentais.

⁵ Neste aspecto, importante menção à natureza jurídica das normas sobre prova. Sem intuito de aprofundar o tema, nos parece que o CPC/15 traz uma visão mista, processual e material. De um lado, não parece correto falar em natureza processual unicamente, haja vista o objeto do presente estudo, sendo as provas vistas como extraprocessuais muitas das vezes, e nem mesmo haveria de se cogitar o afastamento absoluto do caráter processual, tendo em conta o tema do ônus da prova, por exemplo. Mais sobre o tema em: REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao código de processo civil*. v. 5. T. 1. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Nesse sentido, algumas premissas precisam ser traçadas. A primeira é a de rompimento quase que total com as noções gerais e procedimentais sobre prova antecipada do código anterior. E isso porque a sistematização era diferente, as hipóteses mais restritas e havia separação de institutos que agora caminham juntos, como o procedimento de justificação, por exemplo.

A segunda é que pensamos somente ser possível traçar algumas diretrizes no âmbito da produção antecipada de provas, acaso se analise o texto normativo de acordo, primeiro, com a atual sistemática das provas no NCPC, especialmente no que se refere à teoria geral das provas e, em segundo plano, com o peso de todo o sistema processual e sua nova lógica cooperativa e de flexibilização procedimental.

Tal pensamento se justifica tendo em conta que os dispositivos apresentados em matéria de processo autônomo de produção antecipada de prova deixam margem a interpretações das mais variadas, pela sua tessitura aberta, mas também por tratar de algo com novo regramento; também não colocam um ponto final em algumas discussões já existentes, nem tampouco se isentaram de novas discussões.

Qualquer mudança trazida pelo NCPC, ao ser estudada, deve levar em conta a maior força das ideias, a partir da separação entre texto e norma, sendo obrigação do intérprete analisar o texto, normatizando-o de um lado, e, de outro lado, quanto à aplicação, seguir os ditames estabelecidos, em especial quanto à sua normatividade fundamental⁶.

Qualquer tema do NCPC deve levar em conta a coerência com o sistema para ser corretamente interpretado, contudo, alguns temas em particular, pela sua própria natureza, requerem maior atenção e apego à tal diretriz/postulado.

Sem pretensão de esgotar o tema neste momento inicial do trabalho, em apertada abreviação, podemos apresentar a prova antecipada como sendo demanda pela qual se visa a produção de determinada prova, sem que tenha sido aberta a fase instrutória do processo, ou mesmo sem que haja um processo principal onde se debateria o mérito da relação material controvertida. É garantia do direito autônomo à prova ou simplesmente do adiantamento do momento para a produção.

Tal hipótese, em especial a que prevê a antecipação sem o requisito da urgência, encerra a discussão acerca da necessidade de vinculação do procedimento de produção

⁶ CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix. A produção antecipada de prova e o novo CPC. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Coleção grandes temas do Novo CPC*. Direito probatório. v. 5. 2ª ed. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 541.

de prova com uma eventual ação existente ou futura e traz, assim, uma gama de novas possibilidades para os sujeitos envolvidos, destacando, neste ponto, a possibilidade de melhor conhecer os fatos e melhor avaliar a sua posição perante a relação material controvertida.

Basta, para tal procedimento, o reconhecimento da produção da prova, bem como da sua regularidade. A valoração deverá ser feita em momento posterior, acaso utilizada em processo no qual haja fato a ser comprovado, que chamaremos, no mais das vezes, de ação principal.

A produção de prova antecipada pode ser requerida de forma autônoma, anterior ao processo possivelmente vinculado, ou mesmo de forma incidental, no bojo de um processo já existente, devendo, contudo, em ambos os casos, haver respeito ao contraditório, na forma da citação daqueles contra quem se pretende que a prova seja utilizada, sob pena de ineficácia da prova.

Num sistema que, até pouco tempo, valorizava e acreditava que a distribuição de tarefas processuais em diversos autos ou incidentes era algo positivo e que somente na esfera judicial e contenciosa se revelariam as melhores soluções para as controvérsias, é de se surpreender que tenhamos chegado às previsões em matéria de prova que chegamos. Mas nem por isso devemos entender que não há necessidade de maior evolução, tendo em conta que poderíamos ter avançado ainda mais.

Nesta dissertação de mestrado, a metodologia utilizada será sistemática, abordando a pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira, notadamente livros e periódicos. O foco deste trabalho é na interpretação da lei firmada na doutrina e em alguns julgados, mas também há espaço para a análise feita a partir do direito comparado, trazendo experiências estrangeiras importantes em matéria de sistemas probatórios.

O método utilizado foi o hipotético-dedutivo, realizando acurada análise investigativa, com formulação de hipóteses-base aptas a orientar o estudo e as consequentes conclusões possíveis acerca do tema.

Dito isto, tentamos sistematizar o presente trabalho em cinco capítulos.

No primeiro capítulo, tratamos especificamente do direito à prova em sentido amplo, abrangendo aspectos constitucionais e infraconstitucionais, doutrinários e jurisprudenciais, bem como destacamos o caráter de norma fundamental, demonstrando assim a importância dos institutos e o peso que os conteúdos relacionados têm no sistema,

principalmente quando falamos em efetividade, garantia do contraditório e devido processo legal.

Também nesta parte inicial, abordamos, sem pretensão exaustiva, os princípios relacionados ao direito probatório, apenas como forma de embasar um conteúdo mínimo apto a permitir a compreensão e clarear as soluções propostas à luz dos problemas que serão apresentados.

No segundo capítulo, fizemos uma abordagem evolutiva comparando o código de processo civil de 1973 com o novo código de 2015, aprofundando a ideia da prova antecipada sem o requisito da urgência, questão há muito requisitada pela doutrina, mas que não se efetivava, apesar de não haver qualquer óbice no sistema. O que havia, em verdade, era a ausência de previsão, o que não significa e nem significava a impossibilidade de se fazer. Contudo, tradicionalmente o sistema é interpretado deste modo: “o que não tem previsão não pode ser feito”, talvez devendo haver uma virada interpretativa no sentido de que, “o que não está proibido, a priori é permitido”.

No terceiro capítulo do desenvolvimento, entramos no item do direito autônomo à prova. Parece ser consenso na doutrina a existência de um direito autônomo, mesmo levando-se em conta a animosidade já existente no debate. Contudo, certo é que o código de processo civil de 2015 consagra o direito probatório autônomo ao prever, minimamente, a possibilidade de se produzir, em um procedimento próprio, com processo próprio (autos próprios e desvinculados) e objetivamente limitado cognitivamente, determinada prova, sendo discutível – conforme abordaremos – a necessidade de se afirmar a sua utilização para justificar ou evitar processo ulterior.

No quarto capítulo, seguramente o mais interessante da obra dentro do objetivo a que se propõe, avaliamos as disposições legais e o procedimento, bem como todas as questões relacionadas à produção antecipada da prova, dando especial destaque aos artigos 381 a 383 do CPC. Procedimento, meios de prova, relação com o processo principal, ônus, valoração, pressupostos processuais, natureza, recorribilidade, contraditório, dentre outros temas, serão abordados.

Neste capítulo, nos dispusemos a apresentar uma visão prática mais ressaltada, tentando facilitar a compreensão de determinadas situações relativas à produção antecipada das provas, apresentando os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais (quando possível), bem como fornecendo sempre exemplos e também a nossa ideia acerca de cada tema.

No último capítulo, de número cinco, nos apropriamos de toda a base cognitiva apresentada para propor soluções interpretativas e também para reclamar a ampliação da possibilidade da utilização da produção autônoma e antecipada da prova, inclusive de forma extrajudicial como no direito Norte-americano. Também nesta última oportunidade, expomos um modelo de interpretação do sistema probatório antecipado, estabelecendo gênero, espécies, subespécies e propondo as regras quanto às interações.

A prova antecipada é uma técnica de suma importância, plenamente adequada às necessidades atuais daqueles que buscam a tutela jurisdicional para verem resguardados seus direitos, e bastante útil como mecanismo de garantia de situações processuais futuras. Nesse sentido, buscamos, no presente trabalho, dois grandes objetivos: o primeiro é o de lançar luz sobre algumas questões não tão claras para aqueles que se atêm à leitura da letra de lei; em segundo lugar, busca facilitar a compreensão do instituto, de modo a popularizá-lo, e; em terceiro plano, provocar inquietude e debate sobre o tema.

1 CONTEXTUALIZANDO A TEORIA GERAL DAS PROVAS: BREVES NOÇÕES

Prova é um termo que tem diversos significados, podendo ser tratado, em linguagem ampla, de substantivo feminino que pode significar uma avaliação, uma evidência, uma experiência, ou mesmo, a depender da colocação, pode trazer mais de um significado⁷.

O tema das provas traz noção que se apresenta para além do direito, mas que dentro deste, engloba um complexo infundável de situações e relações com os mais diversos campos do conhecimento jurídico.

Ainda quanto à sua significação, pode se tratar do meio de obtenção da veracidade de uma proposição⁸; em outra acepção, pode ser o ato de provar, ou a produção em si, ou seja, todo o complexo de atividades desenvolvidas com tal finalidade; e, por fim, pode ser considerado como a junção do meio com o ato de provar, o resultado, que, uma vez submetido ao juiz, deverá influenciar na decisão do caso⁹.

Seguramente, qualquer das acepções leva em conta a carga de garantia fundamental conferida pela doutrina¹⁰. Não há processo sem prova. Não há justiça sem prova¹¹.

Objetivamente, para os fins do presente trabalho, trabalharemos com a noção de prova¹² como o conjunto de meios utilizados para levar ao processo o suporte fático relevante que dialogue com a relação jurídica objeto da atividade jurisdicional,

⁷ DIDIER Jr. Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 38-39.

⁸ “Prova é um conjunto de atividade de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, III, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 42.)

⁹ TALAMINI, Eduardo. Ação monitória e cheque prescrito: relação subjacente, priva escrita e causa de pedir. *Revista de processo*, n. 228. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 153.

¹⁰ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

¹¹ Nos dizeres de Echandía: “*Es decir, la administración de justicia sería imposible sin la prueba, lo mismo que la prevención de los litigios y de los ilícitos penales; no existiría orden jurídico alguno*”. ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compêndio de la prueba Judicial*. Tomo I. Buenos Aires: Aguilar, 1981, p. 13-14.

¹² A noção de prova é tema dos mais caros. Taruffo se manifesta no sentido de admitir a prova como mecanismo de aferição da verdade de uma afirmação: “*La prueba es el instrumento que utilizan las partes desde hace siglos para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y del cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos. En términos muy generales, se entiende como prueba cualquier instrumento, método, persona, cosa o circunstancia que pueda proporcionar información útil para resolver dicha incertidumbre*”. (TARUFFO, Michele. *La prueba, artículos y conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2008, p. 59.)

independentemente de caráter contencioso ou de ser objeto de impugnação¹³. De modo subjetivo, por outro lado, a prova pode significar a própria convicção judicial acerca da existência ou não, ou do modo de ser de um fato¹⁴.

Sendo mais claro, pode-se dizer que a doutrina trabalha com três acepções de prova, notadamente referindo-se à hipótese de representação de um fato, à hipótese de um meio ou fonte de prova, e ainda, ao resultado do procedimento, ou seja, à convicção do juiz.¹⁵

Há, ainda, quem entenda que a prova poderia designar fato que, supostamente verdadeiro, atestaria a veracidade de outro; ou ainda, quem entende que prova seria qualquer meio para provar algo. São desdobramentos da noção maior.

Questão sempre recorrente em matéria de direito probatório é o que se refere à busca da verdade no processo. A corrente majoritária¹⁶ entende que a meta da verdade real é inatingível, por não ser possível voltar no tempo, de modo a concluir que a busca do processo é pela verdade mais próxima possível do real, exercida através da dialética em meio ao processo, com o emprego de técnicas de argumentação.

A prova está presente nas situações do cotidiano, em cada escolha feita e serve de embasamento para a conduta pessoal de cada um. Tem conteúdo complexo, haja vista que dialoga com qualquer comportamento, processual ou não.

Nesse sentido, vale dizer, a prova está inserida no cotidiano das pessoas ainda que inconsciente ou subconscientemente, bastando pensar na hipótese de se pedir uma nota fiscal, um recibo, ou mesmo uma certidão de comparecimento em qualquer que seja o evento¹⁷. O complexo de situações da vida em sociedade exige, desde muito cedo, a ideia de, por algum meio, se atestar que certos eventos ou fatos ocorreram mesmo e também o modo como ocorreram. Também interessam os reflexos decorrentes de eventual situação.

Tal produção via de regra documental pode, *a priori*, não ter grande significado ou mesmo efeitos, mas quando posta face a uma delicada circunstância relacionada a uma

¹³ No conceito de MARINONI e ARENHART a prova seria: “todo meio retórico, regulado por lei, e dirigido dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”. MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2010.

¹⁴ Conceito apresentado por Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Alexandria. DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, op. cit.

¹⁵ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova*. São Paulo: RT, 2001, p. 41.

¹⁶ DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, op. cit.

¹⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

controvérsia, seja judicial ou não, ganha outros ares, podendo significar vitória ou derrota, vantagem ou desvantagem, ou até mesmo embasar um posicionamento quanto a qualquer fato da vida.

A regulação do direito probatório está presente em todos os ordenamentos jurídicos, principalmente aqueles fundados em estados democrático de direito, mas não apenas estes. Daí a compreensão de que o tema tem relevância inestimável, abrangendo vários contextos, e não apenas para a ciência do direito.¹⁸

Processualmente falando, pelo entendimento clássico, a prova é o meio pelo qual as partes tentam fundamentar a sua versão acerca dos fatos apresentados, de modo a formar o convencimento do julgador¹⁹, possibilitando assim uma decisão que lhe seja favorável. Mas não apenas com o mérito da causa se relacionam as provas, haja vista que inúmeras outras situações no encadeado infinito de situações, atos ou relações existentes nos processos podem depender de comprovação. Em outras palavras, prova é meio hábil de confirmar a existência ou inexistência de um acontecimento ou de um ato, e, quando dirigida ao julgador, visa solucionar ou colaborar com o caso posto sob apreciação.

Contudo tal entendimento encontra-se ultrapassado em certa medida: a uma porque se baseia em uma grande premissa que é a da atuação não criativa do juiz, mecanicista; a duas, posto que almeja a busca de uma verdade real dos fatos.²⁰ Por fim, parece estabelecer o juiz como o principal ou único destinatário da prova.

A verdade real é sempre inatingível, utópica, conforme já dito. A verdade construída ou judicial decorre do pronunciamento do mérito por parte do juiz, sendo sempre uma verdade contingente, decorrente da inafastabilidade do controle jurisdicional. Não sendo submetida ao controle jurisdicional determinada alegação, tem-se que a busca pela verdade, ao menos nos tempos modernos, pode ser mais ou menos gravosa, mas

¹⁸ ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. 5ª ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editor, 1981, T.1.

¹⁹ Há discussão doutrinária e jurisprudencial sobre quem seria o destinatário da prova. Na visão mais moderna, em consonância com o pensamento jurídico contemporâneo e com o estado democrático de direito, o destinatário da prova é o processo (sujeitos processuais), de modo a superar a perspectiva individual da atividade, passando para uma visão de atendimento aos fins do processo, no sentido de oferecer uma resposta à coletividade. A prova deve convencer o juiz e as partes. Neste sentido, ler: LANES, Júlio Cesar Goulart; POZATTI, Fabrício Costa. O juiz como único destinatário da prova (?). In: DIDIER Jr., Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta. (Coord. Geral). *Coleção grandes temas do novo CPC*. Direito probatório. v. 5. Salvador: Juspodivm, 2016.

²⁰ “A ‘verdade’ atingida no processo é dialética, alcançada mediante o convencimento, tendo fundado no procedimento e em sua autoridade, como meio coercitivo de objetivação, bem como na possibilidade de participação proporcionada pelo mesmo.” (MACÉDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 146.)

seguramente não se limitará aos direitos e garantias fundamentais, o que representa um problema.

Mais adequado seria dizer que a prova se destina às alegações de fato, para a construção, a partir da discussão racional e cooperativa, de uma realidade que será, na medida do possível, apta a formar o convencimento do julgador.

A prova é, sem sombra de dúvidas, método persuasivo. É a possibilidade de verificação da argumentação trazida pelos sujeitos envolvidos em determinada situação jurídica, servindo de elemento de legitimação da atividade jurisdicional. Não se afirma aqui que se trata de instituto relacionado ao mérito da causa exclusivamente, a despeito de se reconhecer que neste prisma as provas têm maior importância.

Nesse sentido, vale dizer que outras situações que ocorrem em segundo plano também se relacionam com a matéria. Pensemos, por exemplo no caso de um recurso em que haja afirmação, por parte do recorrido, nas contrarrazões, de que o recorrente não fez o correto recolhimento das custas referentes ao preparo. A única forma de reverter tal situação, afirmando em sentido contrário, é através da comprovação – geralmente documental – de que houve sim o recolhimento dos valores referentes ao recurso. A prova aqui se referiria a aspecto formal e não ao mérito propriamente dito, a despeito de haver um natural enlace entre os institutos e as consequências decorrentes destes atos.

Outro exemplo seria do caso de conexão, com a conseqüente reunião das ações. Somente será possível a verificação de para qual vara/juízo serão destinados os autos a partir da verificação dos atos praticados. Tal verificação passa por um contexto de produção de prova. As partes irão juntar aos autos onde a discussão se mantém os comprovantes de distribuição dos processos, por exemplo.

Ainda neste sentido, vale destacar que as provas podem ser consideradas como judiciais ou extrajudiciais, sem que deva haver, contudo, diferenciação na sua carga.

As provas são, ainda seguindo a visão clássica, elemento instrumental na resolução de um conflito pela via de um processo. A razão do processo não é produzir prova e nem descobrir a verdade dos fatos, mas sim promover a solução do conflito. Dessa forma, para que haja a melhor solução possível da relação material controvertida objeto da lide, busca-se reconstruir os fatos atinentes à causa, através das provas, de modo a viabilizar o conhecimento das normas que devem incidir. Pensar assim parece ser a

admissão de que as provas não são um fim em si mesmo, mas mera atividade meio, constituindo crucial etapa da atividade jurisdicional, limitando-se a isso²¹.

Contudo, em determinadas hipóteses, a prova pode ser o aspecto principal de uma controvérsia, tornando-se o objeto principal do processo. Ou seja, a prova não mais será providência incidental apta a contribuir para a resolução de uma controvérsia em um processo, mas a própria controvérsia girará em torno da prova. A isso se dá o nome de *ações probatórias autônomas*.

Nos dizeres de Yarshell:

Portanto, este trabalho aceita e parte da premissa de que, embora a prova seja instituto de natureza processual, é perfeitamente possível sua formação fora do processo; e – como maior razão – fora do processo “principal”, isto é, do processo cujo objeto é a declaração (ou a atuação prática) do direito. [...] parece possível reconhecer que é dado às pessoas, fora de um processo estatal, unilateralmente ou mediante atuação conjunta, realizar atividade de verificação, demonstração e registro de fatos; o que se pode – ainda que com alguma generalidade, mas sem transgressão de ordem técnica e com importante proveito metodológico – qualificar de *atividade probatória*²².

Por este entendimento, fácil a compreensão do que antes afirmamos, no sentido de que diariamente as pessoas, mesmo não se dando conta, produzem provas que podem vir a ser utilizadas em um processo, acaso surja uma controvérsia na vida social.

Se as provas – ao menos as documentais – já são produzidas no dia a dia e podem ser utilizadas em juízo quando da existência de um conflito, também deve ser dado aos sujeitos valerem-se de um procedimento conduzido junto ao Estado para que sejam produzidas provas.

Sem querer esgotar o tema, mas apenas com intuito de nortear os rumos do presente trabalho, são essas as premissas necessárias.

1.1 DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA: TRATAMENTO CONSTITUCIONAL

O direito à prova, em sentido amplo, é instituído pela Teoria Geral do Direito, mas também decorre do texto constitucional²³, com naturais reflexos na legislação

²¹ Sobre o tema, com abordagem mais específica: TALAMINI, 2016, op. cit.

²² YARSHELL, 2009, op. cit., p. 26-28.

²³ De forma intrínseca, observa-se, no inciso LV, do art. 5º, da Constituição Federal, que dispõe: “são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. (MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 59.)

infraconstitucional. Trata-se de direito fundamental²⁴, de conteúdo constitucional, elementar e complexo, e decorre de forma mais próxima do direito fundamental ao contraditório, na sua dimensão substancial²⁵.

Não há a consagração expressa do direito autônomo à prova como sendo direito fundamental na letra de lei da Constituição, contudo, inegável o seu enquadramento. No entanto, há previsão expressa do direito à prova no sentido amplo, cf. art. 5º, LV e LVI.

A partir do advento do Estado democrático de direito, que trouxe as garantias sociais, ressaltando o protagonismo dos direitos fundamentais na ordem jurídica, a interpretação e aplicação de todo o direito infraconstitucional ficaram condicionadas à concretização e realização daqueles, o que se denomina *Neoconstitucionalismo*.

A prova também é conteúdo/cláusula geral dos direitos fundamentais ao devido processo legal e ampla defesa. Por tais fundamentos, imperioso se reconhecer um direito fundamental à prova²⁶. Aparentemente não há grande divergência doutrinária quanto a isso.

Assim como o direito subjetivo de propor ação, de apresentar recurso, dentre outros, pode-se dizer que também existe um direito subjetivo de provar, no processo, os fatos pelos quais se intenta uma ação, ou os direitos pelos quais se produz a defesa.²⁷

Tal conteúdo complexo abrange uma série de situações, quais sejam: “a) o direito de requerer/produzir provas; b) o direito de participar da sua produção; c) o direito de falar sobre aquelas, bem como; d) o direito de vê-las apreciadas e valoradas pelo juízo”²⁸. Trata-se, portanto, de fator essencial ao direito de acesso à justiça e principalmente ao direito de defesa.

A doutrina aborda tal questão afirmando a existência de dois aspectos, o formal e o substancial. Tais aspectos corresponderiam, respectivamente, ao direito de

²⁴ Há quem diferencie terminologicamente e funcionalmente garantia e direito. Como é possível verificar em LOPES, João Batista. Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral). JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Direito probatório. Coleção grandes temas do Novo CPC*. v. 5. 2ª ed. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 50-52, afirma que a prova é garantia constitucional.

²⁵ Há, porém, ainda, a dimensão substancial do princípio do contraditório. Trata-se de “poder de influência”.

²⁶ DIDIER Jr., Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015. MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*, 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

²⁷ ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 5ª ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editor, 1981, t.1. No mesmo sentido: TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2005.

²⁸ Nesse sentido, DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, op. cit., p. 41. AMARAL, Osternack Paulo. *Provas. Atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: RT, 2015, p. 35. CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

requerimento, produção e participação na produção das provas de um lado, e, de outro, o poder de influência na decisão. Este último viés é o mais consagrado atualmente.

O direito de produzir provas, como já demonstrado anteriormente neste trabalho, corresponde à garantia mínima constitucionalmente assegurada e que não se limita à produção em juízo. Apesar da aparente antinomia com relação ao segundo aspecto que versa sobre a participação na produção das provas, por nem sempre ser possível a produção conjunta, não há que se afastar aquela prova produzida unilateralmente, e nem deve esta ser diminuída em relação às demais. Também deve ser destacada a produção de prova extrajudicialmente.

Tal circunstância gera a comum alegação nos juízos de que as provas unilateralmente produzidas não teriam validade, ou seriam provas com menor potencial probante, o que, em verdade, não reflete o verdadeiro sentido da produção daquela prova. A prova atinge as partes e demais sujeitos quando relacionadas a um processo. Evidentemente, na prática, os sujeitos tendem a se opor às provas produzidas pelo adverso, por conta da provável prejudicialidade que aquele lhe representará, mas isso é algo distinto da noção de que a prova, quando regularmente produzida, tem potencial de confirmar uma proposição.

Existem situações que exigem documentos essenciais ou em que apenas um tipo de documento seria capaz de comprovar determinado direito. O fato desse documento ou outro meio de prova lícita somente poder ser produzida por uma das partes ou, ainda que pudesse ter sido produzida em conjunto, mas foi feita individualmente, por si só, também não deve ser fator preponderante para que a prova seja desconsiderada. Pelo contrário, a prova essencial deve servir de fundamento para convencimento do juiz, independentemente de quem a tenha produzido.

O direito à participação, contudo, blinda o sujeito interessado, no sentido de garantir que uma prova não pode ser produzida em juízo sem a sua participação, e nem pode ser produzida secretamente em linhas gerais. O art. 474, do NCPC²⁹ dispõe acerca de tal providencia, assegurando que não será utilizada prova contra aquele que não participou da sua produção nos casos de produção de prova pericial, mas tal previsão pode ser aplicada analogamente às demais. Seguramente, a participação é aspecto central em matéria de direito probatório.

²⁹ Art. 474. As partes terão ciência da data e do local designados pelo juiz ou indicados pelo perito para ter início a produção da prova.

Ainda no plano infraconstitucional, que será melhor abordado adiante, o código de processo civil de 2015, no artigo 369, consagra expressamente o direito à prova, assegurando que tal reconhecimento, além de decorrer da constituição e, portanto, do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, gera para os sujeitos processuais direitos e deveres.

Estas circunstâncias se amoldam à atuação dos sujeitos, garantindo, por um lado, a produção de todas as provas legítimas e necessárias, típicas ou atípicas, desde que lícitas; e, por outro lado, ao Magistrado, a tarefa de valorar, fundamentando a sua decisão, guardando pertinência e demonstrando a formação do seu convencimento.

O direito à prova é, portanto, dentro do conjunto de direitos existentes, um com especial importância e relevância para o processo, primeiro, por se relacionar com o direito de acesso à justiça - eis que é condição para o direito de agir -, e, segundo, por ser garantidor do exercício do direito de defesa.

Esse direito se submete ao regramento específico trazido no código de processo civil, mas igualmente em legislação esparsa, onde são determinados os poderes instrutórios do juiz, o procedimento probatório, o ônus de provar, o destinatário da prova, bem como a atividade valorativa.

Tal atividade valorativa diz respeito, basicamente, à tarefa que tem o magistrado de analisar as provas produzidas nos autos, valorando-as de modo a fundamentar a sua decisão final quanto aos fatos alegados. Contudo, longe da perspectiva meramente textual, existe larga discussão quanto às possibilidades de atuação do juiz.

O direito fundamental à prova, apesar da sua natureza, não corresponde à direito absoluto, devendo ser compreendido com respeito a determinados critérios. Seriam estes os aspectos limitadores da atividade probatória e do direito à prova em si. Podemos mencionar que tais direitos devem corresponder a um interesse público relevante; devem respeitar o princípio da proporcionalidade, podendo ser afastado ou mitigado em caso de colisão com outro direito mais relevante à luz do caso concreto; também deve ser preservado o núcleo intocável do direito à prova, ou seja, o direito de demonstração da verdade dos fatos afirmados mediante todos os instrumentos probatórios idôneos e úteis.

Assim, vale dizer, existe uma série de regras que limitam tal direito, podendo tais hipóteses ser divididas entre, de um lado, aquelas mais brandas (dogmáticas) como nos casos de possibilidade de escusa, recusa ou dever de silêncio num depoimento pessoal, ou ainda, nos casos de necessidade de determinado documento específico ou documento

produzido com formalidade ideal; e de outro lado, aquelas outras mais complexas, como nos casos de obtenção de prova por meio ilícito e a possibilidade de sua utilização, ou ainda, obtenção de provas mediante tortura, colisão de direitos fundamentais, além das questões com ônus da prova.

Em que pese não se tratar de sistema perfeito, o ordenamento confere especial relevância ao direito probatório, compreendendo assim a sua necessária função para atendimento dos anseios sociais de uma sociedade equânime, justa. Para que uma decisão seja satisfatória³⁰, se faz necessário assegurar a ampla atividade probatória, com máxima participação dos sujeitos envolvidos.

O exercício do direito/garantia de provar é algo que, acaso impedido, implicaria em grave violação a princípios constitucionais. Pode-se afirmar, com certa certeza, que o exercício legítimo do direito de provar em um dado processo é fator que, se não assegura de forma completa, contribui sobremaneira para que tenhamos melhores oportunidades para que as partes influenciem no julgamento e melhor prestação da tutela jurisdicional.

Nesse sentido, vale destacar que a obtenção da prova é aspecto fundamental à asseguarção do direito que ora comentamos. A exigência de um processo adequado e efetivo passa necessariamente pela garantia à prova.

A busca da verdade, na acepção mencionada atrás, é elemento chave para viabilizar uma decisão justa; não é possível fazê-la sem garantir que todos envolvidos participem ativamente alegando e tentando comprovar as suas proposições. Trata-se de “dupla fundamentalidade” do direito à prova, pois é direito formalmente e materialmente fundamental³¹.

1.2 PRINCÍPIOS ORIENTADORES EM DIREITO PROBATÓRIO

³⁰ Satisfatória no sentido de atender aos anseios dos jurisdicionados, bem como se adequar a todas garantias processuais e constitucionais, garantindo o pleno acesso à justiça em sua dimensão mais ampla.

³¹ PAULA RAMOS, Vitor de. Direito fundamental à Prova. *Revista de Processo*, v. 224, p. 41-62. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. CARVALHO, Fabrício de Farias. A prova e sua obtenção antecipada no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Direito probatório*. Coleção grandes temas do Novo CPC. v. 5. 2ª ed. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 621-637.

Apenas para contextualizar a relação circular³² existente entre todas as normas referentes ao direito probatório – e não apenas este –, vale a menção aos princípios envolvidos e a carga inafastável presente no seu conteúdo e aplicação.

Além disso, dado o caráter dirigente da nossa Constituição, vale dizer que todos os ramos do direito se subordinam a ela e com ela devem guardar conformidade. Assim, inafastável a constatação, análise e aplicação dos princípios que tenham aplicação específica e direta em relação ao tema abordado – direito probatório.

Não se pretende aqui esgotar o tema ou meramente conceituar os princípios, e nem mesmo elencar ponto a ponto quais deles se relacionam com o direito à prova – tarefa inesgotável pela própria natureza do instituto –, mas apenas trazer uma base fundamental que sirva de parâmetro para uma melhor prestação jurisdicional ou atuação das partes em juízo, servindo, ainda, para fornecer os instrumentos necessários à resolução de alguns pontos bastante controvertidos quanto ao objeto central do presente trabalho, e que serão profundamente debatidos nos capítulos que seguem.

A despeito de parecer ponto óbvio e um tanto simples, não podemos ignorar o movimento presente entre os operadores do direito, no sentido de, equivocadamente, utilizar a força dos princípios como forma desesperada de resolução de conflitos, valendo-se do fator subjetivo possível em tal tarefa³³. Trata-se de conclusão corriqueira na praxe forense, muito acentuada nos últimos anos, principalmente quando pensamos em ativismo judicial, e que se funda em determinadas bases: “a) não há plena compreensão acerca do conteúdo dos princípios; b) não são agregados elementos de compreensão para aplicação dos princípios; c) não há uma atividade integrada de separação com relação às regras, integração interpretativa e aplicação dos princípios à luz do caso concreto.”³⁴

Sendo assim, imperioso caminhar no sentido de esclarecer, ao menos no que toca à atividade probatória, de que modo os princípios podem interagir e de que forma tal

³² No sentido aqui empregado, a relação de circularidade seria evidenciada pelo fato de que a aplicabilidade dos princípios só pode decorrer daquelas hipóteses em que exista uma regra diretamente ligada e atribuível à situação jurídica ou mesmo uma regra ou norma decorrente de decisão, sob pena destes perderem o seu significado prático ou mesmo servirem apenas como meios de manipulação de regras completas. Nas palavras de Marcelo Neves, a “relação reflexiva circular entre princípios e regras implica uma fortificação recíproca das respectivas estruturas (normas) e processos (argumentos).” (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 2 ed. São Paulo: WNF Martins Fontes, 2014.)

³³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 43-44.

³⁴ ÁVILA, op. cit.

interação permeia a atividade judicante, determinando alguns critérios e esclarecendo os conteúdos marcantes dos destacados princípios.

Vale dizer que a interpretação das garantias constitucionais, sendo princípios ou regras, quando houver dúvida na aplicação, deverá observar, metodologicamente, os valores trazidos pelo devido processo legal, eis que este enuncia a prestação jurisdicional a partir de um procedimento ético, dialético e adequado à realidade social, bem como às peculiaridades do direito material apresentado em concreto.³⁵

O direito à prova é substância do direito fundamental ao contraditório, sendo a sua dimensão substancial garantidora de tal perspectiva³⁶. Direito de provar é garantia da existência do contraditório. Contraditório aqui como a base de sustentação, o amparo principal do modelo atual de processo e, por consequência, do próprio código.

O devido processo legal está previsto na Constituição no art. 5º, LIV que afirma que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Tem certa natureza de gênero ou *sobreprincípio*, sendo inevitavelmente visto como princípio maior e fundamental, que norteia todo o ordenamento jurídico brasileiro. Tal noção passou por uma evolução, até chegar ao ponto de compreensão tal, em que se revela como garantia da vida, liberdade e propriedade, ou a possibilidade de qualquer sujeito ter acesso à justiça, deduzindo pretensão ou se defendendo do modo mais amplo possível.

Obvio que tal noção engloba o direito à prova; o direito de não produzir prova contra si mesmo, isonomia, contraditório, paridade de armas, igualdade, direito ao silêncio, direito de estar presente em todos os atos do processo, publicidade dos atos processuais, duração razoável do processo, juiz natural, dentre outros tantos. É base para compreensão do sistema e de onde se extraem os demais princípios.

Pode ser visualizado de duas perspectivas: direito ao devido processo legal substancial ou formal³⁷. Na primeira acepção, seria o ideal de controle e limitação da atividade do legislador, que deve estar pautada na razoabilidade, proporcionalidade e justiça. De outro lado, o devido processo formal afirma que o processo deve ser composto de garantias processuais: contraditório, ampla defesa, direito à provar etc.

³⁵ MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*, 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

³⁶ Nessa linha: MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1999. DIDIER Jr. Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

³⁷ BRAGA, Paula Sarno. *Processo civil. Teoria geral do processo civil*. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 63.

O direito à prova não apenas está relacionado ao devido processo legal, mas faz parte do complexo de situações nele inseridas. Daqui se extrai o direito à prova entendido como direito a uma prova justa, que preveja a participação efetiva de todos os envolvidos, assegurando-lhes possibilidade de requerer, acompanhar a produção, manifestar-se acerca daquela e, ainda, de vê-la sendo fator de influência no julgamento. Visto isso, passemos a outro princípio aqui relacionado.

O princípio do contraditório, neste tema, tem fundamental aplicação se formos levar em conta o seu conceito originário. O contraditório é visto, originariamente, como a forma de se assegurar que a decisão acerca de uma situação concreta deva ser alcançada sempre mediante a participação efetiva de todos os sujeitos diretamente envolvidos no processo.

Para Antônio do Passo Cabral, “o contraditório abarca não só o conhecimento dos atos processuais praticados ou pendentes de realização, como também a possibilidade de pronunciamentos a respeito.”³⁸ Para tanto, é necessário que o processo tenha um caráter eminentemente dialético, com ampla participação das partes, que devem cooperar com o juiz na busca de uma solução adequada, justa, satisfatória.

Inserido nesta realidade, hoje muito lógica, se encontram as situações jurídicas descritas acima como formadoras do conteúdo complexo do direito fundamental à prova.

O contraditório garante a oportunidade de requerer provas; o direito de produzi-las; a participação na sua produção; o direito de manifestar-se acerca daquelas; bem como o direito à determinação e exame das provas pelo órgão julgador. Tal conclusão assegura a importância e a clara relação do princípio do contraditório com o direito à prova, e ainda conserva – ou aproxima – o alcance de uma tutela jurisdicional justa.

Neste cenário, a ampla defesa aparece também de forma importante. Por ampla defesa entende-se o direito fornecido ao sujeito de trazer, ao processo do qual faça parte, todos os elementos de prova lícitamente obtidos para provar a verdade, ou até mesmo manter-se inerte, se assim entender melhor.

Nesse sentido, a menos que haja determinação judicial, não há regra que obrigue um sujeito processual a apresentar determinada prova que seguramente o prejudicará³⁹.

³⁸ CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, ano 30, n. 126. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 78.

³⁹ Quanto ao tema: “A despeito dessa farta argumentação, há aqueles, em doutrina, que não falam em boa-fé objetiva do processo civil – presos a uma visão subjetiva e, pois, não principiológica do tema -, bem como aqueles que a ela só se refiram como norma de conduta unicamente oponível às partes.” (BRAGA, Paula Sarno. *Processo civil. Teoria geral do processo civil*. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 79.)

Não se está aqui defendendo tal conduta, mas a verdade é que o modelo cooperativo e, em especial a boa-fé processual são as únicas medidas que exigem conduta diversa, e tal situação pertence apenas àquele determinado sujeito, a priori.

Para parte majoritária da doutrina, tendo em vista o desenvolvimento da dimensão substancial do princípio da ampla defesa, pode-se dizer que este fundiu-se com o princípio do contraditório, formando assim um único direito fundamental, sendo a ampla defesa correspondente ao aspecto substancial do princípio do contraditório, sua materialização. Há autores que nem dedicam capítulos específicos ao princípio da ampla defesa. Não é o melhor entendimento.

Quanto ao tema, Paula Sarno esclarece que, “se o contraditório, enquanto obrigatoriedade de informação, viabiliza a ampla defesa, como um “gatilho”, este mesmo contraditório, enquanto oportunidade de manifestação (reação), é viabilizado pela ampla defesa que, uma vez exercida, concretiza-o de forma efetiva (e material).”⁴⁰.

Também se faz necessária a compreensão da boa-fé objetiva processual, cláusula geral que abarca diversas situações que surgem no decorrer do procedimento. Tal princípio é visto como padrão de conduta social relacionada com as expectativas que os demais membros do conjunto social esperam de nós. Importante destacar que os destinatários da prova são todos aqueles que participam do processo, partes e também o órgão jurisdicional.⁴¹

Nesse sentido é que podemos vislumbrar a boa-fé processual como base normativa para justificar os deveres processuais decorrentes do princípio do contraditório. Ou seja, trata-se da consagração dos anseios de ética processual e eficácia objetiva dos direitos fundamentais.

Não é dado às partes agir de maneira torpe no processo, valendo-se de subterfúgios e condutas pautadas na má-fé, e isso de forma geral. Para que haja tal verificação, existem critérios previstos, seja por conta do dever de cooperação, sejam em decorrência do devido processo legal, que exige a participação equânime e ética dos sujeitos processuais, ou mesmo como corolário da dignidade da pessoa humana que impõe boa-fé objetiva no bojo das relações jurídicas em geral.

⁴⁰ BRAGA, Paula Sarno. *Processo civil. Teoria geral do processo civil*. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 74.

⁴¹ O Enunciado FPPC n.º 50 afirma que: “Os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes, ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz.”

No contexto do direito probatório, tal entendimento se aprofunda no sentido de dizer que há clara vedação à utilização de provas ilícitas, bem como o sistema processual visa extirpar aquelas provas forjadas para macular o procedimento, gerando situações de vantagem para aqueles que não têm direito. Por exemplo, gravações em áudio forjadas por instituições bancárias para forçar a necessidade de perícia técnica em sede de juizados especiais, o que acaba gerando a extinção do processo e necessidade de redistribuição para uma das varas cíveis.

Também é o caso daquelas provas documentais falsificadas (recibos de táxi para comprovar danos materiais); das testemunhas instruídas a mentir ou alterar a verdade dos fatos, por advogados e partes; da retirada de provas essenciais do processo (muito comum nos processos físicos) etc. Ou seja, situações em que a má-fé impera, fazendo com que os fatos apresentados em juízo sejam comprovados por via inadequada, tornando os reais acontecimento inalcançáveis, impedindo o devido convencimento do magistrado, diante do prejuízo das provas já produzidas, ou aquelas que viriam a ser produzidas, ou ainda, pela utilização de provas forjadas, aptas a ludibriar o juízo.

Nesse sentido, Fredie Didier afirma que “os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual e do contraditório, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio: o princípio da cooperação”⁴².

O princípio da cooperação consagra todos ideais de processo devido a partir da maneira de atuação das partes, juízes e todos os envolvidos no processo, servindo também como norma de regulação desta atuação.

Assim, a partir de tais premissas é que se pode vislumbrar o modelo cooperativo de participação no processo. O surgimento de tal modelo significa um marco para a efetivação de um processo leal e cooperativo, que objetiva o atendimento dos anseios de justiça e o aperfeiçoamento da entrega da tutela jurisdicional, com participação efetiva dos sujeitos processuais.

Significa dizer que o modelo atual de processo deve ser repensado, através do redimensionamento da atuação dos sujeitos processuais ao longo da relação jurídica e do procedimento. Fredie Didier, citando Carlos Alberto Alvaro de Oliveira acena no sentido de que “esse modelo se caracteriza pelo redimensionamento do contraditório, com a

⁴² DIDIER Jr. Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *RePro*, v. 36, n. 198, p. 213-225, ago. 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes.”⁴³

Tendo em conta já estarmos tratando dos princípios processuais, cabe trazer a relação inafastável do livre convencimento motivado com o sistema probatório. Isto porque este princípio assegura o direito de exame das provas pelo magistrado, embora afirma, também, a necessidade de informar as razões do seu convencimento.

E mais do que isso. O juiz não está autorizado a utilizar, na sua fundamentação, apenas aquelas provas que são sustentação ao seu posicionamento ou à tese vencedora. Deve o órgão julgador expor, de acordo com o quanto preceituado no CPC, porque as demais provas foram úteis ou não, ou porque as demais provas não o convenceram.

Trata-se de dever de valoração das provas produzidas.

Por fim, cabe tratar do princípio da aquisição processual (ou comunhão da prova), o qual estabelece que a prova é destinada ao processo e não ao juiz ou à parte e, uma vez produzida, a prova é adquirida pelo processo, não mais podendo mais de lá ser retirada, a não ser por determinação judicial ou convenção das partes, sendo irrelevante saber quem a produziu.

A menção a este princípio remonta à necessidade de repensá-lo. Primeiro para adequar a ideia de que, em verdade, as provas têm como destinatários o processo, juiz, partes e demais sujeitos envolvidos. E, em segundo lugar, para destacar a possibilidade de haver acordos em matéria de direito probatório, tema que trataremos adiante.

Pode-se falar, ainda, no princípio da isonomia, que visa assegurar às partes tratamento igualitário em juízo, na medida da sua desigualdade. A isonomia se vincula claramente ao ideal de processo justo. Processo justo sem ampla e igual possibilidade de produção de provas não é concebível. Não se trata de mera noção formal. Deve haver criteriosa análise à luz do caso concreto das circunstâncias subjetivas envolvidas, de modo a assegurar a melhor situação para todos os envolvidos, proporcionando uma decisão justa.

⁴³ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil Português*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

2 DIREITO PROBATÓRIO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Após passarmos uma breve visão geral do contexto das provas, tratando dos principais aspectos, entendemos necessário entrar na sistematização presente no código vigente. Tal abordagem jamais poderia ser feita sem que se destacassem alguns institutos específicos. Falaremos, portanto, do regramento atual de forma geral, mas também sobre a evolução em relação ao código anterior, das adequações procedimentais previstas em lei, bem como aquelas decorrentes de negócios jurídicos processuais.

Tal realidade seguramente contribui para uma melhor prestação da tutela jurisdicional, mas deve ficar claro que o código poderia ter ido além e que ainda estamos bem distantes do que seria o ideal quanto ao tema.

A importância do direito probatório não é novidade, sendo a prova instituto que transcende o direito processual, em verdade elemento essencial para o direito como um todo e noção basilar da ciência social.

2.1 REGRAMENTO ATUAL

A premissa básica orientadora de toda a análise da legislação infraconstitucional em matéria de direito probatório é a de que este constitui manifestação da garantia constitucional do acesso à justiça, assegurado em diversas dimensões⁴⁴.

Não é pacífico na doutrina o entendimento de que a disciplina sobre produção de prova é eminentemente processual⁴⁵, haja vista, por exemplo, a disciplina no CC (arts. 212 a 232). Em especial, tal posicionamento é aplicável ao tema objeto do presente trabalho, haja vista o caráter da produção antecipada de prova.

⁴⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Das disposições gerais. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Forense: Rio de Janeiro, 2015, p. 571. O autor faz uma explanação geral sobre a garantia constitucional do direito à prova, descrevendo as acepções do instituto (postulação; produção em contraditório e valoração), atestando a inconstitucionalidade de eventual afastamento do Poder Judiciário quanto às demandas a ele submetidas, bem como das garantias do contraditório e ampla defesa. Assevera a garantia que as partes têm de ver sua prova influenciando na decisão da controvérsia, bem como a possibilidade de produção de outros meios de prova e da exposição na decisão do valor atribuído a cada prova constante dos autos.

⁴⁵ Tema dos mais controvertidos na doutrina, não sendo tranquila sequer a definição de normas em materiais ou processuais, havendo, por vezes, ocorrência das chamadas normas heterotópicas, que seriam normas projetadas fora do seu contexto. Assim, sequer pode ser feita afirmação de que a localização da norma determine sua natureza. A disciplina do direito probatório é mista, material e processual, mas com diferenças; o direito material disciplina a “essência das provas”, enquanto que o processual, diria a sua forma de produção em juízo, e outras providências.

O regramento atual trazido pelo CPC/15 seguramente apresenta evoluções em relação aos regramentos anteriores, no sentido de viabilizar o devido processo legal, melhor atendimento dos fins traçados na Constituição, assegurando uma melhor tutela jurisdicional e o melhor caminhar processual para os sujeitos envolvidos.

Nos termos do art. 1.047, do CPC, e em atenção à regra de isolamento dos atos, apenas as provas requeridas ou determinadas de ofício a partir da data de início da vigência do código é que estarão sujeitas às alterações. Quanto às demais, continuarão seguindo o rito cabível, via de regra, o do CPC/73. Trata-se de exceção à regra geral do art. 1.046 que confere eficácia imediata às disposições do código.

No atual sistema brasileiro as provas são classificadas: quanto aos sujeitos, em reais ou pessoais, quando, respectivamente, recaírem sobre coisas ou tiverem pessoas como fonte; quanto à forma, podendo ser orais, documentais ou materiais; quanto ao objeto, divididas em diretas ou indiretas, a depender se mantêm com o fato uma relação direta ou quando a prova do fato se dá pela comprovação de fato distinto, que, por meio de inferências, leva ao fato principal que se pretende provar⁴⁶.

Quanto à complexidade, as provas podem ser simples, quando apenas uma prova for suficiente à demonstração do fato, ou compostas, quando seja necessária a produção de diversas provas. Quanto à sua preparação, podem ser casuais ou simples, entendidas como aquelas preparadas ao longo do processo, ou pré-constituídas; aquelas preparadas preventivamente, em vista da utilização em futuro processo⁴⁷. Finalmente, quanto à previsão legal, podem ser típicas ou atípicas, sendo as primeiras previstas em lei⁴⁸ e as demais não previstas expressamente⁴⁹.

As provas atípicas são plenamente aceitas e válidas no nosso ordenamento, desde que lícitas. Nesse sentido, o art. 369, do CPC, que anuncia a adoção do modelo de atipicidade das provas, dispondo no sentido de que as partes têm o direito de empregar “todos os meios legais⁵⁰, bem como os moralmente legítimos”, ainda que não

⁴⁶ DIDIER Jr., Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 43-44.

⁴⁷ DIDIER; OLIVEIRA; BRAGA, op. cit., p. 43-44.

⁴⁸ É o caso das provas emprestadas, ata notarial, depoimento pessoal, confissão, exibição de documento ou coisa, prova pericial, prova testemunhal e inspeção judicial (arts. 372 e 384 e ss. do CPC/15).

⁴⁹ A doutrina enumera as provas atípicas, exemplificativamente, dentre outras, como sendo: as constatações por oficial de justiça, as declarações de testemunhas prestadas por escrito, prova cibernética, prova por amostragem, reconstituição de fatos, etc.

⁵⁰ “De acordo com o art. 5º, LVI, da CF, são vedadas, no processo, de modo absoluto, as provas obtidas por meio ilícito, isto é, obtidas com infringência das normas de direito material (mediante tortura, violação de domicílio, grampo etc.). A interceptação telefônica, no máximo, é admitida no processo civil como prova

especificados no código, para comprovar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa, influenciando na convicção do juiz.

O procedimento probatório é complexo e se divide em alguns momentos. Segundo a doutrina clássica, o primeiro deles é o da proposição, presente no protesto (requerimento) genérico das manifestações iniciais, em que as partes, de um modo geral, requerem a produção de todas as provas admitidas, ou de determinadas provas (art. 319, VI e 336, do CPC). É o momento em que as partes indicam – ou deveriam indicar, de forma detalhada, quais os meios de prova que pretendem se valer para contribuírem na formação do convencimento do julgador⁵¹.

Após tal etapa, acaso não feita a indicação precisa na primeira manifestação, e também se levando em conta possíveis alterações posteriores, vem o momento da especificação das provas que pretendem produzir. Ocorre pouco antes da fase saneadora, ou mesmo durante a audiência de saneamento, tendo-se em vista dos pontos controvertidos, momento no qual as partes indicam os meios de prova dos quais pretendem se valer.

Requeridas as provas, estas devem ser admitidas pelo juízo, conforme sua utilidade, relevância e pertinência. Tal momento geralmente ocorre na decisão saneadora (art. 357, do CPC), salvo com relação à prova documental que já deve ser proposta e admitida ou não quando da primeira manifestação das partes (petição inicial ou defesa). Também pode haver produção de prova testemunhal de forma diversa, a teor dos arts. 449, parágrafo único e 454, todos do CPC⁵². Nesse momento, cabe ao juiz apreciar os requerimentos de prova, cotejando os autos e verificando a pertinência daquelas para a formação da sua convicção e esclarecimento dos fatos. As provas reputadas inúteis ou impertinentes serão indeferidas⁵³.

Passando a fase inicial e uma vez deferidas as provas, chega ao momento da produção. A prova documental, conforme já visto, via de regra será produzida (apresentada) junto com a petição inicial ou a defesa, conforme artigos 320 e 434, do

emprestada do processo penal, uma vez que o art. 5º, XII, da CF, c.c. a Lei 99.296/96, não a admitem na seara cível.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ZUFELATO, Camilo. *Processo civil para os concursos de técnico e analista dos tribunais e MPU*. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 182.)

⁵¹ CASTRO MENDES, Aluisio Gonçalves de; LOURENÇO, Haroldo. A teoria geral da prova no código de processo civil de 2015. *Revista de processo*. V. 263, jan./2017, p. 55-75. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

⁵² CASTRO MENDES; LOURENÇO, op. cit., p. 55-75.

⁵³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ZUFELATO, Camilo. *Processo civil para os concursos de técnico e analista dos tribunais e MPU*. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 182.

CPC. Contudo, excepcionalmente, quando se tratar de documentos novos ou destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou ainda para fins de contraprova, se admitirá a produção posterior, nos termos do art. 435, do CPC.

A prova pericial será produzida antes da AIJ (art. 361) como regra, uma vez que impossível sua produção durante a audiência, e contraproducente a sua produção posterior. Além disso, pode ser necessária a oitiva do perito, como forma de esclarecer seu trabalho ou para responder a quesitos complementares. Aspecto que merece destaque é o da possibilidade trazida pelo art. 139, VI, que autoriza a inversão da ordem de produção dos meios de prova por critério do magistrado, “adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”.

A inspeção judicial pode ser produzida a qualquer tempo, desde que antes da sentença que toque no fato *probando*, por óbvio. No mais, as provas orais serão produzidas em audiência.

Não mencionamos a produção antecipada de provas aqui, pois falaremos de todas as espécies de provas ao longo do trabalho pensando na sua perspectiva.

Após a produção das provas, o juiz as valorará para então decidir o conflito. Via de regra é atividade desenvolvida e exposta na sentença, mas nada impede que a valoração ocorra de forma provisória, nos casos da apreciação de tutelas provisórias, por exemplo⁵⁴.

Quanto aos poderes instrutórios do juiz, está superada a ideia de inércia, do juiz que simplesmente assiste o debate entre as partes e julga com base na produção dali decorrente. O art. 371, do CPC/15 assegura os poderes instrutórios do juiz a bem da descoberta da verdade. Assim, caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento das partes, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito⁵⁵. Vale ressaltar que, mesmo com a previsão de certa margem de atuação ativa do juiz em matéria de produção de prova, acaso este o faça, deverá fundamentar conforme o art. 489, §1º, principalmente quando envolver direitos como sigilo bancário, fiscal e comercial⁵⁶.

No que diz respeito ao ônus da prova, sem prejuízo de abordagem posterior mais aprofundada neste trabalho, vale dizer que o CPC adota o critério estático do ônus da prova, conforme a natureza do fato alegado e a posição as partes na demanda. Trata-se da

⁵⁴ GAJARDONI; ZUFELATO, op. cit., p. 183.

⁵⁵ Grande discussão acerca dos limites dos poderes instrutórios do juiz. Há quem afirme pela plenitude dos poderes instrutórios quando em demandas que versem sobre direitos indisponíveis, enquanto que nas ações que versassem sobre direitos disponíveis os poderes do juiz seriam meramente supletivos em relação ao das partes, de modo que a prova oficiosa teria caráter complementar.

⁵⁶ GAJARDONI; ZUFELATO, op. cit. e CASTRO MENDES; LOURENÇO, op. cit.

regra geral do art. 373, do CPC que permite, expressamente, a possibilidade de alteração do ônus da prova, de dinamização deste, com base no §1º.

Ainda quanto ao ônus da prova, fala-se em ônus perfeito ou ônus imperfeito, de acordo com a consequência advinda da sua inobservância. O ônus perfeito é aquele que, acaso descumprido, necessariamente gerará uma situação negativa para aquele que não se desincumbiu. Já o ônus imperfeito se caracteriza pela probabilidade de haver situação de desvantagem para aquele que não desincumbiu. O ônus de provar, portanto, é um ônus imperfeito⁵⁷.

Tal previsão, conforme se verá mais adiante, contudo, não se mostra suficiente para regulamentar todas as circunstâncias existentes no ordenamento. É o caso, por exemplo, das ações declaratórias negativas, ou daquelas em que o autor deva comprovar fato negativo⁵⁸.

Por isso, em caráter excepcional, o sistema admite que haja alteração das regras legais e estáticas do ônus da prova. Quando isso ocorre, o art. 373, *caput*, deixa de ser aplicado, com o estabelecimento de regras diversas daquelas ali entabuladas. Três são os modelos de modificação das regras de ônus da prova: a) modificação convencional; b) modificação legal; e c) modificação judicial.

Na primeira hipótese, as próprias partes, consensualmente e através de NJP, estabelecem de modo diverso sobre quem recairá a carga probatória. É hipótese ainda não muito usual, haja vista as restrições que o próprio dispositivo consagra. Ademais, tal negócio é nulo por previsão expressa na lei, quando recair sobre direito indisponível da parte ou tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Na segunda hipótese, a lei impõe a inversão do ônus. É o caso do art. 38, do CDC, que versa sobre ônus da prova quanto à informação aos consumidores ou publicidade; também o art. 12, §3º e 14, §3º, ambos do CDC, o art. 344, do CPC, que versa sobre presunções legais; e o art. 1.597, do CC, que trata da presunção de paternidade especificamente.

Por fim, a terceira hipótese trata da modificação judicial (pelo juiz, com base na margem conferida pela lei). Ocorrerá em caráter excepcional e autoriza o juiz a distribuir

⁵⁷ Sem grande discussão doutrinária. Nesse sentido, dentre tantos outros: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*, 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2001, p. 84. TALAMINI, Eduardo. *Ônus da prova*. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235364,31047-Onus+da+prova/>> Acesso em: 30 maio 2017. AMARAL, Osternack Paulo. *Provas. Atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: RT, 2015, p. 47.

⁵⁸ GAJARDONI; ZUFELATO, op. cit., p. 186.

de modo diverso ao estabelecido na lei o ônus de provar. Previsto nos §§ 1º e 2º do art. 373, do CPC, depende de decisão fundamentada, caso em que deverá ser dado à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe seja atribuído – não pode ser feito na sentença. Ocorrerá quando houver impossibilidade ou excessiva dificuldade de uma parte em cumprir o encargo conforme regra geral; ou quando houver maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário. Por óbvio, tal distribuição dinâmica não poderá gerar situação em que a desincumbência pela parte seja impossível ou extremamente difícil. Trata-se de condicionante de controle muito importante.

Também o art. 6º, VIII, do CDC permite que, nas relações de consumo, o juiz inverta o ônus da prova, fazendo com que o réu, sob pena de sucumbimento, tenha de comprovar serem inverídicos os fatos alegados pelo autor. Os requisitos para tanto são a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência probatória do autor em relação à parte demandada.

Avançando mais no regramento geral, com relação ao dever de colaboração, o CPC estabelece que ninguém poderá se eximir de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade. “Preservado o direito de não produzir prova contra si próprio, incumbe aos sujeitos processuais comparecer em juízo fornecendo informações e respondendo ao que lhe for questionado; colaborar com o juízo na realização de atos e diligências que sejam necessárias; também devem praticar os atos que lhe sejam determinados”⁵⁹.

A colaboração envolve as partes, mas também os terceiros, que devem informar, na medida do possível e sempre que questionados, os fatos e circunstâncias de que tenham conhecimento, além de exibir coisa ou documento que esteja em seu poder. Tal noção é bastante importante e complexa do ponto de vista prático, eis que o CPC assume, ainda que de forma tímida, uma postura mais incisiva quanto aos deveres das partes, em especial a boa-fé e cooperação.

Como já vimos, a garantia constitucional do direito probatório pode abarcar algumas situações, quais sejam: o direito à postulação probatória (requerimento), o direito à produção das provas deferidas com respeito ao contraditório (produção e acompanhamento), bem como o direito à valoração adequada do acervo probatório

⁵⁹ GAJARDONI; ZUFELATO, op. cit., p.188.

constante dos autos (correta apreciação, valoração). Trata-se da expressão do direito fundamental à prova⁶⁰.

As provas no código de processo civil estão inseridas nos artigos 369 a 484, sendo as disposições gerais presentes nos artigos 369 a 380, do que trataremos neste momento. Da primeira leitura desta parte do código, percebe-se que a alteração mais sentida foi a inclusão de um caráter ideológico em matéria de provas, em especial quando falamos da relação com o art. 6º. Tal dispositivo consagra o princípio da cooperação, que, aparentemente é uma das formas possíveis de se conseguir maior flexibilidade do julgador, maior debate de ideias e com isso, celeridade. Além disso, o art. 369 fala em “provar a verdade dos fatos”. Não é que a busca da verdade tenha deixado de ser, de certo modo, um dos objetivos de qualquer processo, mas agora isso está afirmado como raiz ideológica⁶¹.

2.1.1 Persuasão racional

O NCPC alterou o *standard* na distribuição do ônus da prova, reforçou a ideia da persuasão racional, mantendo em segundo plano as provas legais e dispensando a íntima convicção. Nesse sentido, na redação do art. 371, do CPC/2015⁶², consta que “o juiz apreciará a prova constante dos autos”. Comparativamente ao diploma de 1973, que em seu art. 131⁶³ dispunha ser livre a apreciação das provas pelo juiz, uma análise precipitada, adstrita ao prisma sintático da linguagem chega à conclusão de que a novel codificação processual civil modificou o critério de apreciação e, conseqüentemente, valoração do arcabouço probatório pelo julgador.

Todavia, a interpretação sistemática, seja pelo confronto com a tutela constitucional do processo, seja pela análise do próprio CPC/2015 em seu todo, questiona

⁶⁰ Nesse sentido: CAMBI, Eduardo, *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2001, p. 167-170. DIDIER Jr, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 41. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Das disposições gerais. In: CABRAL, Antonio do Passo, CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Forense: Rio de Janeiro, 2015, p. 571.

⁶¹ PORTO, Guilherme Athayde. Notas às disposições gerais sobre prova do NCPC. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Grandes temas do Novo CPC: Direito Probatório*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

⁶² Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

⁶³ Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na decisão, os motivos que lhe formaram o convencimento.

a mudança paradigmática mencionada, especialmente se comparada à apreciação probatória com o dever de fundamentação das decisões judiciais, previsto no artigo 93, IX, da Constituição Federal, somado aos artigos 371 e 489, §1º, do atual CPC, os quais elencam, objetivamente, os critérios de fundamentação das sentenças, reduzindo, com isso, em verdade, a discricionariedade do juiz ao proferir tais decisões.

Analogamente, o mesmo tratamento objetivo poderia ser conferido à valoração das provas, dada sua importância à concretização de um processo devido, nos moldes constitucionais. A título de exemplo, não foi acolhido no novo código o sistema de prova legal⁶⁴, o que pode levar a crer, em termos práticos, que se tem por mantida a concessão de amplos e livres poderes instrutórios ao Estado-juiz, tal como na égide do CPC/73. Contudo, tampouco haveria que se falar no sistema de livre convencimento puro. A inclusão de tarefa no sistema de valoração serviria de amparo ao dever de fundamentação das decisões e, com isso, estaria a serviço do princípio da máxima efetividade da cláusula do devido processo legal, positivado na Constituição de 1988 em seu artigo 5º, LIV, e demais incisos que lhe são corolários.

A motivação das decisões deve ser racional, não se confundindo com uma lógica absoluta e matemática, mas atendendo as regras da argumentação jurídica.

Entende-se que a livre convicção não significaria decisão arbitrária e puramente subjetiva, como se ao juiz fosse dado decidir segundo a sua própria consciência. O livre convencimento motivado tinha como característica o ideal de que o juiz deveria apreciar as provas lançando mão de suas faculdades e razão crítica, sem esquecer, contudo, dos argumentos que concordaram para a formação do seu convencimento.

De outro lado, também não se admite que o juiz seja “batedor de carimbo”, ou seja, não pode valer-se de uma atividade mecanizada devendo indicar as razões da formação do seu convencimento através de fundamentos substanciais e não mera

⁶⁴ “O sistema da prova legal é aquele onde o legislador atribui valor à determinadas provas, impondo àquelas o que se convencionou chamar de tarifamento de provas”. (DIDIER Jr, Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 104.) Ainda com relação ao tema, vale dizer que o ordenamento processual adota a persuasão racional, sendo raras as hipóteses em que a prova é pré-estabelecida pelo legislador como único meio de comprovar determinados direitos. Assim, ainda que aparentemente o Estado queira limitar a atividade probatória, excluindo determinados meios de prova relativamente a alguns tipos de fatos, deve ser feita análise acurada, eis que, acaso indeferida a prova, poderá incorrer o juízo em cerceamento do direito à prova, o que, quanto à hipótese de PAP para melhor conhecimento dos fatos é algo quase certo. YARSHELL, Flávio Luiz. Da produção antecipada da prova. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Org.). *Breves comentários do código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.033.

formalidade. Disso surge a necessidade de haver uma interpretação do correto modo que o sistema impõe aos julgadores no momento de decidir, em especial, quanto à valoração das provas num processo.

Nesse sentido, há quem distinga motivação e valoração da prova, estabelecendo uma necessária existência de dois elementos da decisão. Tais elementos seriam a liberdade na valoração da prova (1º passo) e a motivação (2º passo)⁶⁵.

Aqueles que seguem este caminho, defendem que a previsão legal de *standards* mínimos de motivação no NCPC (art. 489, § 1º) não afetaria a liberdade de que goza o julgador quando da valoração da prova. Defendem que a autonomia na valoração da prova e a necessidade de motivação são elementos distintos e presentes tanto no CPC/73 quanto no NCPC.

A posição por nós encampada, vai no sentido de que os elementos se confundem, pois não há valoração sem motivação, e os deveres gerais de fundamentação das decisões, por óbvio, são inafastáveis quando da decisão que valora determinada prova. Nessa ótica, o NCPC adotou um sistema onde a interpretação de que a valoração da prova pelo juiz seria livre ou seria dotada de certa liberdade é impossível. Valorar a prova é interpretar. A lei não abriu espaço para liberdade.

Indo mais a fundo, vale dizer que a linha de defesa do livre convencimento, ou seja, aqueles que defendem ser a decisão composta por dois elementos separados, entendem que o fato de ter havido a retirada da expressão “livre convencimento” nada significaria. Alega-se que o artigo 489, parágrafo 1º, do CPC/2015 trata apenas do elemento chamado “motivação” e não da “liberdade na valoração da prova”.

Trata-se aqui da tradicional cisão entre fato e direito e entre interpretação e aplicação. Pensar assim é estabelecer que “uma coisa é interpretar a lei e outra seria valorar a prova”. Ocorre que isso não é possível. Não há que se falar em dois passos; interpretar e depois aplicar⁶⁶. Não se pode imaginar – e nem compreender – que um juiz possa, quando da elaboração de uma decisão, distinguir o momento em que está apenas valorando a prova, de um segundo momento onde passará a interpretar o Direito.

⁶⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC*. 2015. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc-06042015/>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz. Livre convencimento no novo CPP: mas, já não apanha(ra)m o suficiente? *Revista Consultor Jurídico*. 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-05/senso-incomum-livre-convencimento-ncpp-nao-apanharam-suficiente#_ftn1v>. Acesso em: 20 mar. 2017.

Nesse sentido, segundo lição de Lenio Streck⁶⁷: “ainda que o novo CPC tivesse mantido hígida a expressão “livre convencimento”; ainda que o novo CPC estabelecesse com todas as letras que “a prova é dirigida ao juiz” e que “é ele quem sabe”; ainda que o novo CPC dissesse que o convencimento judicial é um “trunfo” em relação às disposições legais que tratam do direito probatório; ainda assim, isso de nada valeria. Seria pura e simplesmente inconstitucional. O modelo constitucional é incompatível com ‘livre convencimento’.” E o CPC deixou isso claro.

Não estamos dizendo, com isso, que fora do art. 489, §1º não há decisão judicial, até porque entendemos ser aquele rol meramente exemplificativo, contudo, deve ficar claro aqui, que a decisão que não obedece minimamente ao conteúdo exigido pelo artigo mencionado, de modo a demonstrar que a fundamentação é racional, coerente e controlável, não alcança o que demanda o sistema.

Em outras palavras, não vislumbramos a possibilidade de o Juiz, na sua atividade decisória agir, senão conforme o art. 489, §1º. Simplesmente a margem – se é que há alguma – de atuação já está ali descrita, ao tempo em que o conteúdo mínimo das decisões também dali se deve extrair⁶⁸.

Dizer que a motivação atendeu o quanto prescrito no art. 371 é, antes de mais nada, se ater ao quanto previsto no art. 489, §1º, sem, contudo, haver prejuízo de outros fatores. O artigo que trata da fundamentação das decisões é núcleo duro e inafastável, do qual a atividade valorativa dissocia, não havendo que se falar em valoração e posterior interpretação.

E isso nada mais é do que a adequação do sistema trazida pelo NCPC ao que já era previsto na constituição. Falar em fundamentação das decisões é falar em um direito fundamental, conforme também já estabelecido acima.

Ainda quanto ao tema, afirmar que a simples retirada de uma expressão de um código para outro não significa nada também é equívoco, quando pensamos que no nosso sistema a força de determinados institutos ou regras encontra-se justamente na escrita, no fato de que estão expressamente considerados. E a nossa cultura ainda segue vinculação muito grande com a escrita.

⁶⁷ STRECK, op. cit.

⁶⁸ Nesse sentido, enunciados no FPPC – Fórum Permanente de Processualistas Civis: Enunciado 515: Aplica-se o disposto no art. 489, §1º, também em relação às questões fáticas da demanda. Enunciado 516: Para que se considere fundamentada a decisão sobre os fatos, o juiz deverá analisar todas as provas capazes, em tese, de infirmar a conclusão adotada.

No código de 2015, de outro lado, pela leitura do art. 370, resta privilegiada a ideia de celeridade e ativismo judicial, na medida em que o magistrado poderá, a seu critério, desde que de forma fundamentada, determinar a produção de provas que entender necessárias ao deslinde do feito. Trata-se de atividade inerente à organização de um processo justo, mas deve também comportar limitações, pois não pode substituir o dever das partes.

A prova emprestada resta mantida no sistema, desde que comprovada a pertinência temática e fática para sua utilização, tema que também abordaremos com mais fôlego adiante.

O sistema processual também prevê as hipóteses de fatos que não carecem de provas, sendo estes os fatos notórios, os tidos como incontroversos, bem como aqueles que possuem presunção legal de veracidade. Mais uma vez percebe-se a busca pela celeridade, haja vista ser vedada a tentativa de produção de prova desnecessária⁶⁹. Também neste contexto, o art. 375 admite a ideia de que o juiz se utilize de regras da experiência comum daquilo que acontece ao seu redor e também das regras da experiência técnica.⁷⁰

Outra importante previsão é a do art. 378 que traz consigo a ideia muito marcante no código, que é a do dever de colaboração. Trata-se de princípio que tem como conteúdo a ideia de que todos os sujeitos processuais, direta ou indiretamente, têm o dever de cooperar para que o processo se desenvolva de forma mais célere, proba e adequada possível. Tal noção está intimamente relacionada com a boa-fé e lealdade, uma vez que colaborar também é agir com lisura no decorrer do procedimento.

2.2 CPC/73 X CPC/15. EVOLUÇÃO: PRODUÇÃO DAS PROVAS ANTECIPADAS SEM O REQUISITO DA URGÊNCIA (AÇÕES PROBATÓRIAS AUTÔNOMAS⁷¹)

⁶⁹PORTO, Guilherme Athayde. Notas às disposições gerais sobre prova do NCPC. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Grandes temas do Novo CPC: Direito Probatório*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

⁷⁰MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2010. p. 149.

⁷¹ Denominação utilizada por NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações Probatórias Autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008. YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009; TORRES DE MELO, Rogério Licastro. Ação probatória: um redutor de litigiosidade. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro (Coord.). *A prova no direito processual civil*. Estudo em homenagem ao professor João Batista Lopes. São Paulo: Editora Verbatim, 2013. p. 579. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. *Revista de Processo*, vol. 218, p. 13, Abr. 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

A produção antecipada da prova no código revogado não tinha caráter de ação autônoma e era disciplinada nos arts. 861 a 866, ao lado da justificação e da exibição de coisa ou documento. Sob tal égide, havia a discussão sobre a natureza do procedimento. Pela dicção do art. 846, II e 849, tal procedimento se daria apenas se o interessado demonstrasse a presença de justo receio de que, quando do momento adequado da sua produção (na fase instrutória da ação principal), a prova já não existisse ou, ainda, que fosse muito difícil ou impossível a sua produção.

Assim, restringia-se a produção antecipada de provas às hipóteses de conservação da prova, sempre visando a garantia de utilização na ação que discutiria o mérito da relação material em momento posterior; jamais de forma desvinculada a uma outra ação⁷².

Em outras palavras, no contorno delimitado pelo CPC/73, a produção da prova na forma antecipada apenas se daria quando a parte comprovava o requisito da urgência⁷³.

Além disso, era pacífico o entendimento na doutrina e jurisprudência no sentido de que deveria haver uma justificação sumária da medida, de modo que se demonstrasse com clareza a pertinência das questões debatidas que pudessem vir a ser conhecidas num futuro processo, no exercício do direito de ação ou do direito de defesa⁷⁴.

Partindo desta premissa, a ação probatória aparentemente teria apenas natureza cautelar. Nesse sentido, duas correntes doutrinárias: a primeira⁷⁵, que defendia a natureza cautelar, haja vista uma suposta asseguração do objeto sobre o qual se voltaria eventual ação satisfativa. De outro lado⁷⁶, corrente que entendia que, a despeito do requisito da

⁷² CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix. A produção antecipada de prova e o NCPC. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Coleção grandes temas do NCPC: Direito probatório*, v. 5., 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 549.

⁷³ Nesse sentido: “Ementa. Agravo regimental. Ação cautelar. Produção antecipada de provas. Ausência de perigo. Agravo regimental não provido. 1. Não logrou o agravante demonstrar, quer na petição inicial, quer nas razões do recurso, a existência de fundado risco de perecimento do objeto da prova. 2. A produção antecipada de provas é procedimento cautelar típico, estando sujeita às regras disciplinadoras do Código de Processo Civil, que no seu art. 846 admite a concessão da tutela para o interrogatório da parte, a inquirição de testemunha e a realização de exame pericial. 3. Não há comprovação nos autos de quaisquer razões ou circunstâncias geradoras de perigo que justificassem a necessidade de antecipação de produção de provas, a qual poderá ocorrer normalmente em futura ação de conhecimento. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.” STF - AC: 1531 DF, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 21/10/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-228 DIVULG 19-11-2014 PUBLIC 20-11-2014.

⁷⁴ ALVES, André Bruni Vieira. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência. In: *Coleção grandes temas do NCPC: Direito probatório*, v. 5., 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 560.

⁷⁵ VIEIRA, Christian Garcia. *Asseguração de prova*. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. 6. ed. Ver. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

urgência, a medida não guardava relação com situação jurídica tutelável por ela protegida, e nem mesmo a tutela adequada de qualquer direito.

Tal discussão, contudo, será objeto de capítulo próprio.

Ainda com relação à produção antecipada de prova no contexto do antigo código de processo, vale destacar as críticas promovidas por parte da doutrina quanto à nomenclatura empregada pelo legislador. Não nos parece tão relevante a questão, a despeito de valer o registro por não se tratar de mero aspecto terminológico.

Parte da doutrina afirmava que não se poderia falar em “produção antecipada de prova” posto que neste processo a prova não seria efetivamente produzida, mas apenas assegurada⁷⁷. Sustentam, para tanto, que a prova dita “produzida” *ad perpetuam rei memoriam* não poderia sequer vir a ser aceita nos autos principais em momento posterior, de modo que apenas significaria praticar e documentar⁷⁸.

Tal entendimento decorre, ainda, da noção de que o procedimento probatório abrange as fases de: a) proposição da prova; b) admissão pelo juiz, e; c) a produção da prova, já admitida pelo magistrado. Assim, encerrando-se o procedimento de PAP na etapa denominada de proposição, a efetiva produção somente se daria em momento processual futuro.

Em sentido contrário, pensamento encampado por este trabalho, há quem entenda que o procedimento probatório não se limita à fase de produção simplesmente por existir fase posterior que é a da valoração da prova pelo julgador. Para esta corrente, o fato de que a prova antecipada não é objeto de valoração não significa dizer que a prova não foi produzida efetivamente, mas apenas que ainda não houve convencimento do julgado quanto à existência, admissibilidade ou veracidade dos fatos objeto da prova.

Deste modo, parece até certo sofisma a postura de quem afirma que a prova sequer foi produzida, tendo em vista que a produção da prova jamais pode estar atrelada à sua valoração, principalmente quando levamos em conta a possibilidade de utilização da prova sem vinculação a um processo principal e futuro. Trata-se, com todo respeito, de

⁷⁷ Representando tal entendimento, dentre outros: BUENO, Cássio Scarpinella. Aspectos polêmicos da produção antecipada de provas. *Revista de processo*, ano 23, n. 91, p. 320-337, jul./set., 1998, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 329. SILVA, Ovídio Araújo Baptista de. *Curso de processo civil: Processo cautelar (tutela de urgência)*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 288, mantido na 4ª ed. p. 393. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. 6. ed. Ver. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁷⁸ Tal entendimento ainda sobrevive. Araken de Assis entende que “desprovida a produção antecedente da eficácia que lhe é própria, que pressupõe a admissão, cuida-se de simples assegurar, e não, desde logo, da produção da prova”. (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro. Parte geral: institutos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 2. T. 2, p. 291.)

concepção ultrapassada e incompatível com o sistema atual, e também já o era no sistema anterior.

A primeira corrente apenas se justificava no âmbito do CPC/73, haja vista a dicção dos arts. 846, II e 849 que demandavam como requisito a urgência, e isso se fôssemos adeptos da interpretação literal. Assim, a antecipação da prova restringia-se às hipóteses de conservação da prova; jamais a mera produção que se esgota em si mesma⁷⁹. Daí a afirmação de que o caráter da medida seria exclusivamente cautelar.

Ainda neste ponto, Marinoni e Arenhart, embora entendessem a necessidade da urgência para justificar a produção antecipada, não atribuíam a ela o caráter cautelar, por não acreditarem que haveria uma situação jurídica tutelável a ser por ela protegida, e nem tampouco visaria proteger tutela adequada de qualquer direito⁸⁰. No pensamento dos autores, o procedimento serviria apenas para preservação de determinada prova. Filiavam-se, portanto, ao entendimento de que somente se pode falar em natureza cautelar quando a tutela se destinar à salvaguarda de uma outra tutela de direito material.

Daniel Neves, em outra direção, sustentava a natureza cautelar não apenas da ação de produção antecipada de provas, bem como de todas as ações probatórias autônomas. Por tal entendimento, o fato de se exigir a urgência levou a doutrina a defender que, naquelas hipóteses, não haveria que se falar em cautelaridade. Para Neves, o perigo da demora na produção antecipada de prova residiria na inutilidade do resultado útil do processo principal e não na inutilidade da prova a ser produzida, razão pela qual a antecipação de prova seria sempre instrumental (cautelar) à tutela do direito material discutido em futura ação principal⁸¹.

Assim, a natureza cautelar se faria presente ainda que nas hipóteses de ausência de urgência.

Fredie Didier defendia, já à época, que o melhor entendimento era o de que tanto a produção antecipada de prova quanto a justificação não teriam natureza cautelar e nem

⁷⁹ Nesse sentido: VIEIRA, Christian Garcia. *Asseguração de prova*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 28.

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. 6. ed. Ver. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 258.

⁸¹ Não entendemos deste modo. A produção antecipada de prova pelo requisito da urgência visa assegurar que aquela prova esteja disponível no momento da instrução probatória da ação principal. Contudo, no mais das vezes, a prova produzida antecipadamente não terá o condão de evitar o ajuizamento da ação. O entendimento exposto se justificaria, ao nosso ver, apenas neste sentido: acaso a prova produzida antecipadamente assegurasse o ajuizamento da demanda ou o êxito (hipótese remota, talvez nos casos excepcionais de prova tarifada). Entendemos que a prova antecipada que pode ser taxada de cautelar é aquela indispensável à propositura ou ao julgamento da demanda, eis que, acaso não seja, não terá aptidão de assegurar a satisfação do direito, o que é pressuposto para se considerar qualquer ato como cautelar.

sempre seriam fundadas no perigo da demora, sendo satisfativas do direito autônomo à prova. Defendia que, pela via da interpretação da legislação vigente (CPC/73)⁸² já seria possível a possibilidade de prova antecipada sem urgência⁸³. Tal entendimento se coaduna perfeitamente com o de Yarshell e que parece ter sido abraçado pelo CPC/15.

Uma coisa é a prova antecipada com natureza cautelar, outra coisa é a antecipação fundada na necessidade de resguardar a prova por si mesma⁸⁴.

Para que fique mais claro, na vigência do CPC/73, a medida objeto de estudo do presente trabalho era qualificada como cautelar, ajuizada em processo autônomo, mas que pressupunha a demonstração, por parte do interessado, de interesse na obtenção de determinada prova para uso em outro processo (obrigatoriamente, num eventual e futuro processo principal); e a indicação precisa do interesse a ser futuramente tutela e que naquele momento estava sendo protegido pela medida probatória. Pelo menos é o que constava da letra da lei.

O modelo atual já não contempla mais tais requisitos, bastando que haja interesse jurídico na colheita da prova.

A evolução do antigo código para o novo também se apresenta justamente na ampliação das possibilidades de utilização da medida, bem como na maior regulamentação da produção antecipada de provas. O intuito foi o de autorizar a PAP sem que exista o requisito da urgência, conforme previsão dos incisos II e III do art. 381, nos casos em que a PAP possa viabilizar alguma forma de solução alternativa de controvérsia, ou, ainda, trazer ao conhecimento das partes os reais fatos com o intuito que se possa evitar o ajuizamento de uma ação ou mesmo confirmar a sua necessidade e até uma possível posição favorável em juízo⁸⁵.

O CPC/73 previa três modalidades de ações probatórias: a produção antecipada de prova, fundada na urgência e que se restringia às provas oral e pericial; a justificação, que não exigia urgência, mas se limitava à hipótese da prova testemunhal; e a ação de

⁸² Humberto Theodoro Júnior já destacava que quanto à justificação, não se exigia o requisito da urgência, razão pela qual não se seria lógico que se exigisse da produção antecipada de provas tal condição, pois seria emprego de maior rigor, que estaria em desacordo com o sistema analisado como unidade. THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. V. 1, p. 644-645.

⁸³ DIDIER Jr., Fredie. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 273-274.

⁸⁴ DIDIER Jr; OLIVEIRA; BRAGA, op. cit., p. 273-274.

⁸⁵ Nessas circunstâncias, em vista da ausência de caráter cautelar, não se exige, por óbvio, a observância do prazo para propositura da ação principal como havia no CPC/73, art. 806 e que foi mantida no CPC/15, no art. 306.

exibição de documento, que era prevista como ação cautelar. Tal sistematização já não fazia muito sentido à época, conforme veremos no subtópico seguinte⁸⁶.

O NCPC unificou os procedimentos da produção de prova antecipada e justificação, permitindo, assim, a utilização da técnica para produção de qualquer prova, com ou sem demonstração da urgência, o que temos como louvável evolução. Já a exibição de documentos passou a figurar no rol de meios de prova e não mais como cautelar.

Em outro sentido, não se sabe se por esquecimento ou necessidade de interpretação do sistema, o NCPC não reproduziu a regra prevista no art. 173⁸⁷, do CPC/73, no sentido de que a prova antecipada poderia ser produzida durante férias e feriados. Não nos parece que seja possível entender, com isso, pela impossibilidade da produção antecipada de provas durante férias, feriados e até mesmo no recesso forense, como se dá no caso das cautelares e em outras questões. Quando menos, tal possibilidade deve servir às hipóteses de PAP fundadas na urgência, seguindo a linha de coerência do sistema.

Na constância do CPC/73, entendia-se que a propositura de demanda probatória deveria se dar de acordo com a regra geral do código, ou seja, o art. 800, perante o juízo competente para a ação principal, definido de acordo com as regras gerais de competência.

Admitia-se, contudo, exceções à regra, nos casos de extrema urgência, onde naturalmente não seria possível, por algumas ocasiões, aguardar a condução do processo em local diverso daquele onde a prova devesse ser produzida. Alguns entendiam que demandar fora do local onde a prova devesse ser produzida seria negativa ao acesso à justiça, no sentido de ser imposição à sua utilização que a tornava inócua e imprestável⁸⁸.

⁸⁶ Daniel Neves elencou os benefícios advindos da aceitação no sistema processual, das ações probatórias autônomas. Seriam elas: a) a satisfação da exigência da prova documentada no Mandado de Segurança; b) evitar o desenvolvimento de ações coletivas em situação que fosse susceptível de gerar a improcedência por ausência de provas; c) evitar prejuízos por conta de surpresas no decorrer de um processo já estabilizado, decorrentes da falta de pleno ou mais profundo conhecimento acerca da questão fática; d) de melhor se verificar a legitimidade no polo passivo em situação de litisconsórcio passivo alternativo e que dependa de uma melhor definição da situação fática; e) aumento de probabilidade de realização da conciliação ao se conhecer melhor o conjunto fático; e f) evitar o pedido genérico deduzido por desconhecimento da extensão e do valor do dano (hipótese já superada, levando em conta os arts. 291 e 292, V do CPC/15). Além desses, podemos citar a estimativa de custos a partir do melhor conhecimento dos fatos.

⁸⁷ Art. 173. Durante as férias e nos feriados não se praticarão atos processuais. Excetua-se: I - a produção antecipada de provas (art. 846).

⁸⁸ THEODORO JR., Humberto. *Processo Cautelar*. 22ª ed. São Paulo: Leud, 2005, p. 312-320.

Havia doutrina defendendo que o sistema adotasse a previsão do art. 83 do código português⁸⁹, o que, por fim, acabou ocorrendo; também aqueles que entendiam que independentemente da urgência, a antecipação de prova deveria ser produzida no lugar mais conveniente para alcançar sua finalidade⁹⁰, o que até hoje parece o mais indicado.

Com relação à prevenção, também havia certa divergência doutrinária, haja vista que, para alguns, haveria competência funcional absoluta⁹¹, cf. art. 800, do CPC/73, enquanto que, para outros, não haveria prevenção, pois quando fosse ajuizada ação “principal” já estaria a medida probatória finalizada⁹².

Quanto ao tema, parece que o NCPC trouxe melhor regulamentação, a despeito de haverem inúmeras críticas, também por nós compartilhadas. Veremos adiante no trabalho as especificidades.

No que se referia à contestação, o CPC/73 era silente quanto ao procedimento analisado. Parte da doutrina defendia a possibilidade de apresentação de defesa⁹³, aduzindo ser cabível, no mínimo quanto à alegação de ilegitimidade, descabimento da medida, admissibilidade negativa etc.

Já na visão de Ovídio Baptista, o art. 848, parágrafo único, do CPC/73 não previa a citação, mas apenas a intimação dos interessados, não havendo porque outorgar o direito de defesa para aqueles sujeitos⁹⁴. Apesar disso, não negava a possibilidade de um contraditório reduzido, limitado ao juízo de admissibilidade e juízo quanto ao direito de produzir à prova.

⁸⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. *Revista de Processo*, vol. 218, p. 13, Abr. 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 13-45.

⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. 6. ed. Ver. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁹¹ STJ, REsp 712999/SP, 3ª T., Rel. Min. Menezes Direito, Dj 13/06/2005; Conclusão do VI Encontro Nacional dos Tribunais ed Alçada: “A cautelar de antecipação de prova previne a competência”.

⁹² OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed. v. 8, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 247. STJ, AgRg na MC 10565/RJ, 4ªT., Rel. Min. Fernando Gonçalves, Dj. 14/11/2005.

⁹³ THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57ª ed. rev., atual. e ampl., V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 320. Também nesse sentido: STAWINSKI, Maria Hercília Horácio. Da admissibilidade de contestação em produção antecipada de provas – Dois acórdãos em sentidos opostos. *Repro* 32/209, Out./Dez. 1983, p. 209-213. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

⁹⁴ SILVA, Ovídio Araújo Baptista de. *Curso de processo civil: Processo cautelar (tutela de urgência)*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 402-403.

Nesse sentido também se posicionavam Galeno Lacerda e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a despeito de entenderem que o prazo de cinco dias previsto para o regime das cautelares seria inaplicável aqui por ser exíguo⁹⁵.

Indo mais a frente, Fredie Didier e Paula Sarno recomendavam uma interpretação à luz da Constituição, de modo a ser assegurado o contraditório, e mais, o direito de haver o requerimento de produção de nova prova por parte dos requeridos, no mesmo procedimento, tutelando-se também o direito à ampla defesa⁹⁶, o que se transformou em texto expreso no NCPC.

Analisaremos cada um dos pontos tratados em conformidade com o novo código de processo, possibilitando a melhor visão da evolução do instituto e destacando as alterações decorrentes da nova lei.

2.3 NECESSÁRIA ADEQUAÇÃO PROCEDIMENTAL: SUPERAÇÃO DOS MEIOS TRADICIONAIS

Falar em adequação procedimental é tratar da previsão e utilização de tutelas processuais adequadas quanto à condução e resolução dos litígios. Contudo, a noção de tutela adequada não tem um fim nela própria ou não pode ser vista como algo absoluto e em abstrato.

A adequação deverá ser apreciada a luz de cada ponto de observação e cada caso separadamente. O que é adequado para um pode não ser para outro. Assim, qualquer providência no sentido de se prever diferentes modos de efetivação de direitos, ou mesmo de tutelas jurisdicionais, acabam por contribuir com tal ideal.

Seguindo na apreciação da evolução que abordamos quando comparamos a codificação anterior com os dispositivos trazidos pelo NCPC em matéria de produção antecipada de provas, vê-se, com certeza, que se trata de um marco positivo no tocante ao âmbito probatório e que possibilita e estimula as partes e demais sujeitos processuais a buscarem mecanismos diferenciados de solução dos litígios.

Em verdade, o ordenamento brasileiro ainda não dispõe de mecanismos eficientes para a prevenção e redução dos litígios. Todas as leis atinentes ao tema, por melhores que

⁹⁵ OLIVEIRA; LACERDA, op. cit., p. 249.

⁹⁶ DIDIER Jr.; BRAGA, op. cit., p. 37.

sejam – e algumas de fato são –, não foram capazes de contribuir expressivamente para a diminuição da litigiosidade.

Não resta dúvida de que a abertura das hipóteses de utilização da prova antecipada, consubstanciadas no direito autônomo à prova, trará enormes benefícios ao dia a dia forense, bem como significativas mudanças e melhorias na defesa dos interesses dos jurisdicionados e entrega da tutela jurisdicional⁹⁷.

A utilização da ação como instrumento de formação de provas traz uma expectativa, já comprovada, ainda que timidamente, de que se trata de instrumento de grande valia e auxílio a quem se encontra em situação iminente de litígio. A introdução dos dispositivos novos, clara inovação legislativa, representa a admissão expressa de que a prova não se destina somente ao juiz, mas também, e, às vezes, principalmente, às partes, ou ao convencimento das partes⁹⁸.

A simples possibilidade da redução dos litígios por conta da liberdade de produção da prova já se trata de uma inovação importantíssima e de adequação procedimental promovida pelo legislativo que tem enorme potencial.

Tal providência rompe com a noção tradicional, e já há muito ultrapassada, de que o momento processual para a produção da prova está limitado à participação inicial do interessado (apresentação das provas já existentes, geralmente documentais) e, posteriormente, com a determinação do juízo da abertura da fase instrutória.

A produção antecipada de provas limitada aos casos que envolvessem urgência não abarcava uma infinidade de possibilidades, o que trazia prejuízo para as partes e, por via de consequência, para o próprio judiciário que, por muitas vezes, serviu de objeto da análise da viabilidade de uma ação com o seu ajuizamento. Basta pensar na hipótese de propositura de uma ação sem que a parte tenha quaisquer provas em mãos, diga-se de passagem, prática corriqueira aqui no nosso judiciário

Existia certo apego doutrinário e da prática forense a este procedimento engessado, contudo, as situações cotidianas e a dinamicidade com que se dão as relações já não nos permite nos atrelarmos a tal procedimento com fases estanques. Certo é que já vínhamos evoluindo, com notável quantidade de trabalhos acadêmicos atestando a necessidade de reformas, mas com uma vinculação estrita ao texto da lei anterior e a sua ausência de previsão de produção autônoma de provas.

⁹⁷ ALVES, op. cit., p. 565-566.

⁹⁸ CALDAS; JOBIM, op. cit., p. 553.

A flexibilização procedimental ou, acaso prefiram, a ampliação das possibilidades das partes, é fator preponderante para uma melhor entrega da tutela jurisdicional.

2.4 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS EM MATÉRIA PROBATÓRIA

Dentre as alterações trazidas pelo NCPD, uma delas particularmente tem grande repercussão. São os chamados Negócios Jurídicos Processuais, ou a determinação, com base na autonomia da vontade das partes de, mediante algumas condições, estas partes estabelecerem regras processuais. Não é novidade propriamente dita no sistema, haja vista que o CPC/73 já trazia uma série de previsões nesse sentido⁹⁹.

Os negócios jurídicos processuais, atos de disposição processual ou convenções processuais, “são os atos processuais, de caráter negocial, que constituem, modificam ou extinguem uma situação jurídica processual”.¹⁰⁰ Também se enquadram na teoria geral do direito, como fatos jurídicos, conceito jurídico fundamental.¹⁰¹

Trata-se de ideal que muito se aproxima do modelo cooperativo de processo. Obviamente, não se pode concluir pela existência de um processo fraternal, onde as partes colaboram plenamente ao ponto de chegar ao prejuízo da sua individualidade em prol do desenrolar procedimental ou material mais justo ou adequado. Também não se trata de exacerbação da autonomia privada ou privatização do processo, como alude parte da doutrina¹⁰². Deve-se evitar o extremo pessimismo ou aqueles quem veem os negócios jurídicos como a desconstrução do Estado.¹⁰³ Aliás, falar do tema nestes termos nos dias de hoje já soa estranho.

Os NJP tratam-se, em sua acepção mais usual, de “fatos jurídicos”¹⁰⁴ em cujo suporte fático esteja conferido aos sujeitos o poder de escolher a categoria jurídica ou

⁹⁹ Como exemplos: a escolha do procedimento pelo autor ao ajuizar uma demanda, e negócio jurídico unilateral; também a escolha entre o Mandado de Segurança e uma ação ordinária, em certas hipóteses; a utilização do procedimento sumário, dentre outros.

¹⁰⁰ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 376.

¹⁰¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; DIDIER JR., Fredie. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

¹⁰² Observa-se, portanto, que os negócios jurídicos processuais, com o seu regramento próprio, devem balizar-se a partir dos deveres inseridos no modelo cooperativo de processo, posto que são indissociáveis quanto ao fim almejado.

¹⁰³ Neste sentido, CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

¹⁰⁴ Na definição precisa de Pontes de Miranda, o fato jurídico nada mais é do que fatos ou o complexo de fatos sobre o qual incidiu regra jurídica. É o suporte fático que juridicizado pela incidência de uma hipótese normativa, entra no plano de existência do mundo do direito. BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. *Revista de Processo*. n. 148. São Paulo: Revista dos Tribunais, junho, 2007.

estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, determinadas situações jurídicas processuais”.¹⁰⁵

Na visão de Leonardo Greco¹⁰⁶, o poder das partes não deve ser interpretado como tendência de privatização na relação processual¹⁰⁷, mas sim, como a aceitação de que as partes, como destinatários da prestação jurisdicional, também devem ter interesse em influir na atividade-meio (jurisdição), e, em certas circunstâncias, estão mais habilitadas que o próprio julgador a tomar decisões sobre seus rumos e providências dentro do processo.¹⁰⁸

Para Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, o autorregramento da vontade certamente encontra, na sua relação com as normas processuais cogentes, limites razoavelmente maiores quando comparado à liberdade no âmbito privado.¹⁰⁹

Quanto aos limites do autorregramento da vontade, temos que o espaço para seu cabimento se encontra nas normas cogentes. No plano processual, os limites dessa autonomia são demarcados pelas normas processuais cuja aplicação seja inafastável pelos interessados. Os atos de disposição representam um espaço de autonomia da vontade das partes, que encontram limites: na disponibilidade do próprio direito material posto em juízo; no respeito ao equilíbrio das partes e na paridade de armas; além da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo¹¹⁰.

¹⁰⁵ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Anotações sobre os Negócios Jurídicos Processuais no Projeto do Código de Processo Civil. In: BASTOS, Antônio Adonias; DIDIER JR., Fredie (Org.). *O Projeto do Código de Processo Civil*. 2ª Série. Salvador: Juspodivm, 2012.

¹⁰⁶ GRECO, Leonardo. Os Atos de Disposição Processual - Primeiras Reflexões. Rio de Janeiro: *Revista Quaestio Iuris*, vol.04, n. 1, 2007.

¹⁰⁷A corrente que resistia aos NJP pode ser agrupada em quatro vertentes: a incorporação da figura tipicamente privatística ao processo poderia ser fonte de equívocos e poderia atingir a própria autonomia do Direito Processual quanto à disciplina das formas processuais; os atos negociais celebrados fora do processo não teriam propriamente efeitos processuais ligados à vontade do agente (os efeitos seriam sempre *ex lege*); as declarações negociais não produziriam efeitos imediatamente, mas somente após a intervenção ou intermediação judicial; e os negócios jurídicos com relevância processual seriam para o processo meros fatos.

¹⁰⁸GRECO, op. cit.

¹⁰⁹ “Os acordos de procedimento valorizam o diálogo entre o juiz e as partes, conferindo-lhes, quando necessário e nos limites traçados pelo próprio sistema, a condição de adaptar o procedimento para adequá-lo às exigências específicas do litígio; trata-se de instrumento valioso para a construção de um processo civil democrático.” NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais: Análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. 2011. 243f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

¹¹⁰ Enunciado FPPC nº 410, sobre controle de validade dos negócios jurídicos processuais: (art. 142) “Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé”.

Para Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, tais limites para o autorregramento da vontade se encontram no respeito ao formalismo processual¹¹¹. Trata-se de noção ampla, a abranger a totalidade formal do processo, no que se inserem, não apenas as formalidades, mas a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, a organização do procedimento a fim de que suas finalidades essenciais sejam alcançadas. Os negócios jurídicos processuais sujeitam-se a um duplo regime jurídico, substancial e processual, especialmente em matéria de invalidades.

Quanto aos sujeitos do negócio jurídico processual, deve-se considerar os sujeitos da relação processual (autor, Réu e Juiz) ao lado dos demais sujeitos processuais (testemunhas, advogados, terceiros etc.), assim entendidos todos aqueles que participam ou podem participar do processo. Frequentemente, sobretudo naqueles negócios praticados no curso do processo, sejam unilaterais, sejam bilaterais, ou mesmo plurilaterais, os sujeitos do negócio coincidem com os sujeitos do processo¹¹². Isso, nada obstante, não exclui a possibilidade de terceiros estranhos ao processo praticarem negócios processuais.

O tratamento da revogabilidade dos atos de disposição das partes, nos sistemas em que a eficácia desses atos depende de homologação judicial, é normalmente associado à superveniência ou não dessa homologação.

Atualmente entre nós, é preciso considerar o alcance do disposto no art. 200 do Código de Processo Civil, segundo o qual, salvo na desistência da ação, os atos das partes, unilaterais ou bilaterais, seja qual for o seu conteúdo, produzem efeito imediato, independentemente de sua homologação ou aprovação pelo juiz. Essa eficácia imediata, não condicionada à homologação judicial, impõe limites mais rígidos à sua revogação¹¹³.

¹¹¹ Sobre o tema, recomendo a leitura de OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

¹¹² Importante o destaque da possibilidade de prática de negócios jurídicos processuais pelos juízes, assim chamados negócios jurídicos processuais judiciais. Apenas para exemplificar tal possibilidade, podemos citar, além de outras, a decisão fixadora do prazo de citação na ação rescisória, podendo ser de 15 a 30 dias, à opção do relator; e a Sentença de julgamento liminar de improcedência, há, a cargo do juiz, pelo menos, a escolha do regime jurídico decorrente do seu ato (preenchidos os requisitos no artigo 285-A do CPC/73, atual 332, poderia o magistrado deixar o procedimento transcorrer, mas também lhe seria lícito julgar desde logo, antes de citar o Réu) com mudança, a depender da escolha, não só no procedimento, mas nas situações jurídicas das partes. DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

¹¹³ Em sistematização resumida das ideias do autor, parece que esses limites devem ser encontrados não mais na homologação judicial, mas em pelo menos uma destas três circunstâncias: a) a necessidade de permanente continuidade do processo em direção ao seu fim, que não deve ser condescendente com retrocessos, a não ser por um motivo justificável, alegado de boa-fé; b) o direito adquirido, decorrente da prática ou omissão do ato por uma parte em benefício da outra, que gere direito subjetivo em favor da outra;

O NCPC trouxe verdadeiro universo de possibilidades de negócios jurídicos processuais, vale citar, sem pretensão exaustiva, por exemplo, a renúncia do prazo, a convenção processual de dilação de prazo não peremptório, o acordo de substituição de bem penhorado, a eleição negocial do foro (art. 63), o acordo para suspensão do processo (art. 313, II), o calendário processual (art. 191), o adiamento negociado da audiência (art. 362, I), a aceitação da decisão (art. 1.000), o saneamento consensual (art. 357, §2), dentre outros. Serve ainda, como marco na possibilidade dos negócios jurídicos processuais, a possibilidade de escolha do procedimento a ser adotado.

As regras que tratam dos negócios jurídicos processuais são absolutamente inovadoras, ao admitirem a celebração de negócios jurídicos sobre situações processuais. Não apenas regulam-se convencionalmente situações já constituídas, mas ainda situações *constituendas*¹¹⁴. Trata-se da previsão dos artigos 190 e 191, verdadeiras cláusulas gerais de negócios jurídicos, consagradoras do autorregramento da vontade.

Por outro lado, vale repisar que os negócios jurídicos processuais não são algo novo. O código de 1973 já previa algumas situações em que as partes tinham autonomia para transitar entre algumas opções procedimentais e de forma. A escolha do procedimento, por exemplo, trata-se de negócio jurídico unilateral feito pelo autor ao ajuizar a ação. O sistema processual autoriza e até estimula há muito a autonomia da vontade das partes.

Podemos exemplificar, dentre outros¹¹⁵, os seguintes: a) modificação do réu na nomeação à autoria (art. 65 e 66 - muito comum em causas que versam sobre direito do

ou c) como consequência de uma dessas duas circunstâncias, a preclusão temporal ou consumativa, que impede que o ato praticado ou omitido tenha uma nova oportunidade de ser manifestado. Nos atos de disposição extrajudicial, a revogabilidade dependerá normalmente da vontade das próprias partes (conjuntamente, em caso de ato convencional) ou de expressa previsão legal. Trazidos para o processo, produzirão efeitos desde logo, podendo do mesmo modo ser revogados para o futuro, desde que não incorram em qualquer das três hipóteses mencionadas no parágrafo anterior, ou se a lei expressamente a admitir, como ocorre na hipótese da revogação da procuração. CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais – entre o publicismo e o garantismo*. 2015. Tese (Livre-docência) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

¹¹⁴ COSTA E SILVA, Paula. Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de ação e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. Coleção grandes temas do Novo CPC. Coord. Geral Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2015.

¹¹⁵ Indo mais a fundo, a renúncia ao direito de recorrer, quando existir precedente judicial vinculante em que se funda a decisão a ser recorrida, seria um outro exemplo. Trata-se de ato negocial (manifestação da autonomia da parte) que garante o acesso à justiça, já que a decisão transitará em julgado logo, viabilizando o início mais rápido da execução, se for o caso, ou até mesmo o cumprimento voluntário, com a entrega do bem da vida a quem de direito. JESUS, Priscilla Silva de. *Precedente judicial e a nova compreensão do interesse processual*. 2014. 307f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

consumidor, fabricantes e concessionárias); b) acordo de eleição de foro (art. 111); c) desistência do recurso (art. 158; art. 500, III); d) convenções sobre prazos dilatatórios (art. 181); d) convenção para suspensão do processo (art. 265, II; art. 762); e, e) reconhecimento da procedência do pedido (art. 269, II); f) requerimento conjunto de preferência no julgamento perante os tribunais (art. 565, parágrafo único).

Se às partes é dada a possibilidade de manifestar vontade, abdicando do direito de recorrer e o ordenamento jurídico, após juízo, acolhe a pretensão, de forma que lhe dá primazia em relação aos provimentos posteriores que contrariem tal expectativa, é porque está reconhecendo a possibilidade de autorregramento de vontade no processo.¹¹⁶

Para que haja a efetivação dos negócios jurídicos processuais é necessário que se estabeleçam meios de evitar abusos de direito, por isso, os pactos procedimentais somente serão admitidos quando se tratarem de direitos passíveis de autocomposição; quando as partes forem capazes e quando estiverem em situação de equilíbrio, não se permitindo o acordo de procedimento em contratos de adesão ou em contratos onde figurem partes em situação de vulnerabilidade (técnica).

Os acordos de procedimento podem se dividir em algumas espécies. Nessa perspectiva, podem dividir-se em acordos típicos e atípicos, estáticos e dinâmicos, conforme convenção preveja ou não um regramento diferenciado para o rito; e acordos antecedentes ou subsequentes, adotando-se aqui como critério o momento da sua celebração.¹¹⁷

Nos aproximando do tema deste trabalho, vale dizer que não há nenhum problema em se fazer negócios jurídicos processuais em matéria de prova¹¹⁸. As mesmas vedações

¹¹⁶ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Jurídicos Processuais: Análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. 2011. 243f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

¹¹⁷ Classificação proposta por Pedro Henrique Pedrosa Nogueira: “Os acordos estáticos seriam aqueles em que os litigantes optam por determinados procedimentos quando a ordem jurídica permite, sem que haja, contudo, uma convenção sobre o processamento em si da causa (por exemplo, as partes convencionam o procedimento comum com pré-exclusão do procedimento monitorio, previsto no artigo 700 do CPC/15). Do mesmo modo, as partes podem ajustar - a teor do quanto disciplina o artigo 190 do Novo codex - o procedimento de acordo com seus interesses, criando novo rito ou mesmo restringindo fases. Há ainda a possibilidade de limitar a prova, convencionar o perito (art. 471), ou acertar a forma dos atos processuais. São estes os acordos dinâmicos. Com relação à segunda tipificação traçada pela doutrina, podem ser os negócios jurídicos antecedentes ou subsequentes, conforme o momento da sua celebração, sendo certo que a previsão da audiência de conciliação no procedimento comum (NCPC, art. 314) pode favorecer à celebração desse tipo de convenção”. NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie. et al. *Coleção grandes temas do Novo CPC. Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 81-92.

¹¹⁸ Nesse sentido, o Enunciado FPPC n.º 19. (art. 190): “São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza,

ou limitações gerais se aplicam aqui. Trata-se do estabelecimento de critérios para se chegar a uma assertiva sobre determinado fato¹¹⁹. É o meio pelo qual as partes podem determinar como um fato poderá ser provado naquela relação.

Nesse sentido, nada melhor do que as partes, que tem qualificado conhecimento dos fatos, poderem indicar os meios de prová-lo, com ressalvas óbvias, às limitações inerentes aos negócios jurídicos processuais e à ordem jurídica¹²⁰, controláveis pelo julgador.

Também podem ser feitos negócios jurídicos com relação a aspectos da prova, como o ônus de provar¹²¹, por exemplo. Ou seja, a distribuição do ônus pode ser modificada pelo interesse das partes. De igual modo, também poderia haver negócio para inviabilizar a alteração do ônus por parte do magistrado.

Tais possibilidades enfrentam séria resistência doutrinária quanto à sua admissibilidade, haja vista que envolvem normas consideradas como cogentes. Parte da doutrina acredita que não se poderia convencionar a alteração ou limitação aos poderes dos julgadores, pois estaria invadindo atividade alheia. Tal compreensão, entendemos, não pode se manter, eis que é clara a possibilidade de se fazer um procedimento cooperativo e mais democrático através de alguns acordos quanto ao procedimento.

Seria o caso de se estipular que a quitação de um débito deva ser demonstrada por documento escrito. Tal estipulação em nada feriria o devido processo legal. Trata-se de fortalecer, por vias não ortodoxas, a ideia de um processo justo, que caminha em contraditório e que dá para as partes maior autonomia e possibilidade de interferência na solução.

acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso 14, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal. (Grifos nossos).

¹¹⁹ SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral.); CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Coleção grandes temas do Novo CPC*. Negócios processuais. Salvador, Juspodivm: 2016, p. 401.

¹²⁰ Art. 333, parágrafo único, CPC: “É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I – recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

¹²¹ GODINHO, Robson. *Negócio processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 223 e ss.

A lei prevê negócios típicos e matéria de prova, como a possibilidade de se convencionar o perito (art. 471), o que não é grande novidade, haja vista a previsão do código de 1939, revogada pelo CPC/73¹²².

Além dos negócios típicos em matéria de prova, podemos mencionar os negócios quanto ao ônus da prova, que são NJP que tem por objeto “a distribuição específica e diferenciada do ônus da prova, colocando-a de maneira distinta da regulada previamente em lei”¹²³.

É claro negócio jurídico processual acerca da distribuição do ônus da prova, previsto expressamente no art. 373, §3º, CPC. De acordo com esse dispositivo, a distribuição diversa do ônus da prova pode ocorrer por convenção das partes, salvo nas hipóteses em que recaia sobre direito indisponível da parte ou quando tornar excessivamente difícil a um negociante o exercício do direito¹²⁴. Tal convenção é limitada e deve recair sobre direitos patrimoniais, não esbarrando, portanto, no primeiro óbice previsto em relação à indisponibilidade do direito.

A existência da previsão contratual expressa nesse sentido é fator de segurança para os envolvidos e permite que os mesmos se preparem para eventualmente se desincumbir do ônus que lhe tenha sido atribuído, armazenando os documentos necessários para tanto. Qualquer atuação munida de conhecimento das condições antes do começo do procedimento é mais benéfica. Ainda, segundo prevê o art. §4º do art. 373, esta convenção pode ser celebrada antes do processo, como vimos acima no texto quando fizemos uma abordagem geral.

A distribuição do ônus da prova poderá ocorrer, conforme previsão do CPC, levando-se em conta três aspectos. São eles: a) a posição do sujeito na causa; b) a natureza dos fatos nos quais se funda a sua pretensão, e; c) o interesse em comprovar determinado fato. Ao autor cabe o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu a prova do fato extintivo, modificativo ou impeditivo desse mesmo direito (art. 373, CPC)¹²⁵.

Aproximando-nos do tema central do trabalho, vale destacar a grande possibilidade que se vislumbra através da sistematização que acabamos de ver, qual seja, abertura do sistema para a formulação de NJP envolvendo a PAP.

¹²² “Art. 129. Os exames periciais poderão ser feitos por um só louvado, concordando as partes; se não concordarem indicarão de lado a lado o seu perito e o juiz nomeará o terceiro para desempate por um dos laudos dos dois antecedentes, caso não se contente com um destes.” CPC/1939.

¹²³ BURIL, Lucas; PEIXOTO, Ravi. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. *Revista de processo*, v. 241. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 467-487.

¹²⁴ BURIL; PEIXOTO, op. cit.

¹²⁵ DIDIER; OLIVEIRA; BRAGA, op. cit., p. 111.

Diante disso, defendemos que as partes poderão convencionar, antes do ajuizamento da ação, que, em havendo eventual litígio, elas se valham previamente do prévio processo de produção antecipada de prova (espécie de “compromisso de antecipação probatória”) e, assim, possam traçar as questões acerca da relação travada.

Poderia tudo isso ser definido após o ajuizamento da ação, fixando a convenção durante o andamento dessa modalidade específica de ação. Também não vemos óbice para o caso de convencionarem as partes quanto à prevenção do juízo. Percebam que a regra do art. 381, §3º prevê que “a produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta”, não podendo se dizer, assim, que é vedado ao juiz do processo principal julgar a demanda decorrente da prova que tenha sido produzida de forma antecipada. Nem faria sentido tal alegação.

Além das hipóteses já mencionadas, os negócios jurídicos sobre prova antecipada poderiam convencionar ônus e responsabilização por custos, assim como calendarização processual.

A prática da calendarização permite que se abandone publicações, ou seja, os lapsos inúteis de tempo decorrente da burocracia do procedimento que visa garantir certa segurança jurídica de forma genérica. Permite-se que haja previsibilidade quanto ao procedimento e principalmente quanto ao prazo de duração de cada ato e do ato como um todo (processo), colaborando assim para a redução de demandas em juízo¹²⁶.

¹²⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual. In: DIDIER Jr., Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta. (Coord. Geral). *Coleção grandes temas do novo CPC*. Direito probatório. v. 5. Salvador: Juspodivm, 2016.

3 O QUE É O DIREITO AUTÔNOMO À PROVA?

Nos capítulos anteriores buscamos fornecer a base para a compreensão do direito probatório como um todo, analisando a sua teoria geral, bem como fazendo um cotejo dos aspectos elementares. Neste item, pretendemos identificar o que é o direito autônomo à prova, de modo a nos aproximarmos do tema principal do trabalho que é a produção antecipada de prova nos moldes atuais. A produção antecipada de provas é exercício do direito autônomo à prova.

A doutrina manifestou-se no sentido de se aceitar, no nosso sistema, a antecipação da prova, de forma a ser realizada antes do processo cognitivo de certificação do direito material ou mesmo antes da fase probatória prevista para o processo cognitivo ordinariamente, caso em que atuaria de forma incidental.

Tais hipóteses ocorrem sem necessidade de demonstração da urgência, quando se visa assegurar não apenas, mas também, aquelas provas passíveis de se perder ao longo de um processo, até que se chegue na instrução.

O direito autônomo à prova dispensa o perigo da demora, sendo, em verdade, a garantia de que qualquer sujeito possa se valer do judiciário e conseguir uma prestação jurisdicional que lhe atenda a finalidade de certificar e efetivar o direito à prova, buscando e a acessando, de modo a constituí-la em juízo.

Tal possibilidade abre caminho para que o sujeito avalie suas perspectivas oriundas daquela eventual relação material controvertida. Com eventuais provas em mãos, seguramente se dará melhor o conhecimento dos fatos, de modo que a decisão acerca de ajuizar ou não uma ação, seguir com aquela já ajuizada, ou envidar esforços no sentido de promover a tentativa de conciliação, ficará muito mais clara¹²⁷.

Aqui, necessariamente deve-se repensar a ideia de juiz como único destinatário das provas, uma vez que nem sempre a prova produzida serviria a um processo que viesse a verificar vencedor e perdedor, podendo não ser valorada, caso o sujeito que produziu a prova decidisse, com base nela, não ingressar com uma ação.

¹²⁷ Paula Sarno e Fredie Didier trazem interessante exemplo que ajuda bastante a elucidar as ideias. “Imagine-se que o síndico de dado condomínio edilício, ao conduzir obras na área comum, tenha dúvidas sobre a efetiva prestação de serviços de esgoto por empresa pública estadual, que vêm sendo remunerados pelo pagamento da taxa respectiva nos últimos 10 anos. Seria perfeitamente possível o ajuizamento de ação probatória autônoma no intuito de realizar-se uma perícia antecipada, verificando se os ditos serviços de esgoto são ou não prestados. Assim, o condomínio teria os dados e informações necessárias para resolver conscientemente se exerce ou não a pretensão respectiva, judicial ou extrajudicialmente”. DIDIER Jr.; BRAGA, op. cit., p. 13-45.

3.1 FONTES HISTÓRICAS

A origem do instituto encontra-se no direito Romano, com as primeiras previsões de que detinham aqueles que se viam com determinado título de crédito destruído, de serem ouvidos, visando obter condenação contra seus devedores eventuais¹²⁸. Alcança, então, o direito Canônico e, posteriormente, o direito Francês, que, seguindo o caminho dos Decretais¹²⁹, forjaram a chamada *enquête mémoire future*, com o objetivo de evitar que o falecimento ou ausência das testemunhas privassem os litigantes e a justiça do valor dos seus depoimentos¹³⁰.

Pelas Ordenações Afonsinas (Livro III, Título 61, §7º) podia o autor requerer ao julgador, antes de começada a demanda, que fossem perguntadas a algumas testemunhas sobre a coisa, alegando que as mesmas seriam muito velhas, ou enfermas de grande enfermidade, ou estariam encaminhadas para partir dali. Nas ordenações Manuelinas (Livro III, Título 42, §§ 6 e 7 e nas Filipinas¹³¹, Livro III, Título 55, §§ 7 e 8, o texto foi reproduzido quase que inteiramente¹³².

Chegando ao código de 1939, o art. 213¹³³ vedava a produção de provas “fora da jurisdição do juiz”. Tal dispositivo, consagrado em outro momento histórico, por si só não seria capaz de afastar ou negar a existência de direito autônomo à prova. Não se pode afirmar nesse sentido, pois àquele momento, sequer se cogitava o direito probatório como direito autônomo. Em verdade, tal previsão pode ser interpretada como um permissivo geral para a produção antecipada em juízo, haja vista que, se a lei determina a impossibilidade de produção de provas fora do juízo, e sabemos que, no mínimo, com base na urgência poderá haver produção antecipada, que o sistema em verdade a permite.

E mais do que isso, existiam medidas típicas como vistorias e arbitramentos (art. 676, VI, CPC/39) tratados pela doutrina da época como “diligências tendentes a fixar por

¹²⁸ ROCHA, José de Moura. Produção Antecipada de Provas. *Revista de Processo*, V. 20, out. 1980. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 57.

¹²⁹ Grosso modo, são escritos dos papas, no intuito de responder a uma consulta ou a um pedido emanado de um bispo ou de um alto personagem eclesiástico.

¹³⁰ ROCHA, op. cit., p. 57.

¹³¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

¹³² ROCHA, op. cit.

¹³³ Art. 213. A prova que houver de produzir-se fóra da jurisdição do juiz, será feita por precatória ou rogatória, conforme o caso, na forma dos arts. 6 a 13.

meio de exames periciais situações transeuntes que convém deixar fixadas, para servirem de prova na ação futura.”¹³⁴

Ademais, o art. 250 preceituava que, “se qualquer testemunha tivesse de se ausentar, ou se, por motivo de idade ou moléstia grave, for de recear que ao tempo da prova já não exista, poderá ser inquirida antecipadamente, com prévia notificação dos interessados, entregando-se o depoimento ao requerente nas quarenta e oito horas seguintes, para dele servir-se como e quando entender.”¹³⁵

A partir daí, deve ser dado um salto para o CPC/73, que será objeto de estudo nos capítulos seguintes, mas que prezava pela segurança da prova, podendo as partes valerem-se da sua produção antecipada no caso de perigo da demora.

O direito de ação é de onde se funda o direito probatório autônomo. Esse, por sua vez, é campo de onde se extrai que os interessados podem pleitear, junto ao Estado, uma pretensão de busca, obtenção e produção de providências de instrução, sem que, para tanto, haja estrita vinculação a um direito material.

Nos ensinamentos de Yarshell, o direito à prova, visto por este ângulo, “se afeiçoa não apenas ao escopo jurídico da jurisdição, mas especialmente ao escopo social, de pacificação¹³⁶ pela superação da controvérsia (...)”¹³⁷ Assim, encaixam-se os fundamentos previsto no código novo, eis que quanto melhor o interessado conhecer dos fatos relativos à controvérsia, maior a chance de propor uma demanda mais qualificada; deixar de fazê-lo; ou conciliar.

A admissibilidade das ações probatórias¹³⁸, parcela de exercício do direito autônomo à prova, não é recente, sendo certo que há muito alguns ordenamentos têm estabelecido a possibilidade de, em determinadas hipóteses, haver a instauração de

¹³⁴ CAMPOS, João Vicente (Hugo Simas). Comentários ao Código de Processo Civil. *Revista Forense*, 1962 apud SILVA, Ovídio Araújo Baptista de. *Do processo cautelar*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

¹³⁵ ROCHA, op. cit.

¹³⁶ “A pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício). É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 30.)

¹³⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. Da produção antecipada da prova. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Org.). *Breves comentários do código de processo civil*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.027-1.028.

¹³⁸ O direito brasileiro prevê três tipos de ações probatórias: a produção antecipada de provas, a exibição de documentos e a arguição de falsidade. TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de processo*, v. 260, out/2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

processos cujo o objeto seja a produção ou aferição da veracidade de uma prova.¹³⁹ Seriam o escopo da ação probatória.

No Brasil, conforme visto, existem previsões nesse sentido desde as ordenações Filipinas, nas quais, naturalmente, havia o caráter cautelar assecuratório da prova. Pontes de Miranda já demonstrava a evolução do instituto ao comentar o Código de Processo Civil de 73, constatando a transformação do simples incidente probatório verificável no contexto de uma demanda qualquer, em ação incidental de produção de prova, pelo fato de que o dispositivo atinente no código não mais falava em notificação, mas em citação.¹⁴⁰

A grande evolução, em verdade, é o reconhecimento do direito autônomo, construção muito mais recente, pautada na ideia de que não apenas o juiz é o destinatário das provas, mas também as partes, na medida em que têm direito à produção antecipada em relação ao processo onde se visa debater o direito material, bem como a aferição de veracidade da prova.

Supera-se a ideia da prova como instituto de caráter meramente instrumental e dependente de um processo, haja vista a ideia de que este processo pode nem vir a acontecer.

No Estado Constitucional¹⁴¹ o processo está fortemente vinculado à proteção dos direitos e garantias fundamentais assegurados na Constituição e, portanto, é exercido em conformidade com esta. Especialmente com o advento de um código que nasce num regime democrático e em momento posterior à promulgação e estabilização de uma constituição como a brasileira, recheada de garantias.

A noção mais ampla de acesso à justiça se extrai do art. 5º, da CF, dispositivo que foi replicado no art. 3º, do NCPC, e de onde se interpreta que deve ser assegurado aos cidadãos não apenas o direito de petição e acesso ao judiciário, mas também e, sobretudo, a adequada prestação jurisdicional, levadas em conta eficácia e efetividade da tutela. É o que a doutrina denomina de *direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*¹⁴².

Para que tal acepção se realize de modo pleno, é necessário que se garanta, também, uma instrução adequada da causa, a qual passa, obrigatoriamente, pelo direito à prova. A prestação jurisdicional correta pressupõe a determinação dos fatos sobre os quais

¹³⁹ TALAMINI, 2016, op. cit.

¹⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. T. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 268.

¹⁴¹ Sobre o tema: MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

¹⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 702-703.

deve se pronunciar o juízo, sendo o direito à prova corolário do direito fundamental à tutela efetiva.

Por esta razão que a doutrina entende ser o direito à prova, também direito fundamental, conforme já vimos no subtópico 1.1 do presente trabalho. Tal direito pressupõe não apenas a possibilidade de as partes apresentarem alegações acompanhadas dos pedidos de produção de provas ou das provas pré-constituídas, mas também o direito à admissibilidade motivada, produção da prova e efetiva influência na formação do convencimento do julgador¹⁴³.

Não se tratam de garantias abstratas e pouco sensíveis à prática, mas de verdadeiros caminhos de como agir em juízo. Exemplo disso é a produção da prova que necessite cuidadosa análise do julgador; nada impede que a parte exija presenciar a análise da prova pelo Magistrado como forma de assegurar a correta apreciação e consequente formação do convencimento.

O direito fundamental à prova, portanto, tem conteúdo complexo e deve ser analisado de acordo com as dimensões objetiva e subjetiva, em especial, no que se refere aos novos ditames processuais instaurados pelo CPC.

A noção de direito autônomo à prova parte da quebra do paradigma de que o destinatário da prova é apenas o juiz. Yarshell propõe um conceito bipartido de prova, que compreende o direito de provar e o direito à prova em sentido estrito. Parte da ideia de que as dimensões apresentadas pela doutrina em matéria de prova seriam restritivas posto que vistas sob a perspectiva exclusiva do julgador¹⁴⁴.

O referido autor não aceita que se possa vislumbrar a atividade probatória sob a perspectiva de necessária vinculação ao exercício da ação e defesa no contexto de um processo onde se visa a declaração de um direito no caso concreto. Seria dar maior abrangência à ideia de que a prova é plenamente exercida quando se permite requerê-la; vê-la admitida; participar da sua produção e, finalmente, obter a valoração.

¹⁴³ DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, op. cit., p. 41.

¹⁴⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 210. Nesse sentido, já no séc. XX, constatava Chiovenda, ainda que de modo limitado, que a prova teria como destinatário prioritário uma parte, notadamente a parte adversa. “*La prueba se dirige al adversario antes que al juez; y al presentarse ésta como un beneficio, corresponde ordinariamente al sujeto atacado, es decir, al demandado*”. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Tomo 1. Madrid: Editora Reus, 1922, p. 1-2.)

Em outras palavras, a noção tradicional trabalhada na doutrina, pressupõe o direito de provar como desdobramento do direito de defesa (e ação), na busca pela verdade dos fatos em uma relação material quando posta em juízo.

Há algum tempo parte da doutrina, capitaneada por Yarshell e Daniel Neves¹⁴⁵, vem buscando a ampliação destas noções. Defendem o direito autônomo à prova (em sentido estrito), que prescindiria de uma vinculação direta entre a produção da prova e a existência de um processo onde haja controvérsia sobre determinada relação de direito material, ou seja, não seria mero desdobramento dos direitos de ação e defesa. Seria, para Yarshell, “o direito de pedir ao Estado que intervenha tão-somente para permitir a pesquisa e o registro de certos fatos. E, se isso é correto, o direito à prova pode ser entendido, então como direito simplesmente à obtenção de certa providência de instrução¹⁴⁶”.

Por tal concepção tradicional, contudo, apenas se justificaria tal direito, suscitado pelos professores que acabamos de citar, para hipóteses em que não haja função cautelar¹⁴⁷.

O direito autônomo à prova seria a garantia de que gozam os interessados de formação de elementos indispensáveis e suficientes à formação de sua convicção acerca da conveniência de ajuizar ou não uma ação, assim como viabilizar a autocomposição ou outras formas alternativas de solução de conflitos¹⁴⁸; também serve para mera orientação ou registro de fatos.

¹⁴⁵ Dentre outros, YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. NEVES, Daniel Assumpção. *Ações Probatórias Autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. *Revista de Processo*, vol. 218, Abr. 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹⁴⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 211.

¹⁴⁷ Particularmente, discordamos deste entendimento, haja vista a possibilidade de produção de prova em caráter antecedente, pela via da PAP. Basta pensar na hipótese de uso da produção antecipada de provas para desbloqueio de benefício previsto em cláusula contratual sob a qual recai negócio jurídico processual de exclusividade de comprovação por apenas um meio de prova. Imaginemos que haja em testamento a previsão de liberação dos valores a um determinado herdeiro testamentário, apenas com a comprovação da sua idoneidade financeira, por exemplo. Tal prova seria feita por meio da PAP, mas não haveria necessária urgência.

¹⁴⁸ CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix. A produção antecipada de prova e o novo CPC. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Coleção grandes temas do Novo CPC*. Direito probatório. v. 5. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 547.

3.2 CARÁTER PÚBLICO DO PROCESSO E ÔNUS DE PROVAR: DESTINATÁRIO DA PROVA

O sistema romano-germânico tem por tradição o caráter público de processo. O processo seria exercício de poder do Estado apto a resolver situações e conflitos sociais através da força. Essa é a noção clássica. O processo não se manifestava como interesse das partes em primeiro plano, mas sim como interesse do Estado.

Também como característica, tinha predominantemente como destinatário da prova o juiz, haja vista seu claro papel de definição, decidibilidade, minimamente atuando para dizer quem está certo ou errado a partir de uma controvérsia que lhe fosse submetida.

A doutrina clássica já assegurava a noção afixada do direito romano-germânico.¹⁴⁹ Por tais origens que talvez seja tão difícil aceitar que o processo e as provas, em verdade, têm por finalidade não o juiz, o processo ou mesmo os sujeitos, mas a solução do conflito entre eles. Nestes termos, ainda que admitamos que possa haver solução de uma controvérsia sem provas, ou mesmo fundado num quadro insuficiente, não é fácil negar o prejuízo para o escopo jurídico¹⁵⁰, que é o que se reflete para a sociedade como um todo, bem como o que justifica o exercício da jurisdição e do poder de instrução por parte do julgador.

Nesse sentido, também não há mais como entender o juiz como único destinatário da prova.

Na concepção de Luís Flávio Yarshell, a expressão *direito de provar*¹⁵¹ estaria compreendida nos direitos de ação e defesa, como um desdobramento deste, e, portanto,

¹⁴⁹ Nesse sentido, “*Si hacemos un estudio de los procesos romano y germánico al penetrar en Italia en los primeros tiempos de la Edad media, dis-tinguimos entre ambos profundas diferencias. El procedimiento germánico conserva el carácter del proceso primitivo, nacido históricamente como medio de pacificación social, encaminado a dirimir las contiendas, más que a decidir las, haciendo depender su solución, no del convencimiento del juez, sino por lo regular, del resultado de fórmulas solemnes, en las que el pueblo descubre la expresión de un acto superior e imparcial la divinidad. La prueba se dirige al adversario antes que al juez; y al presentarse ésta como un bene-ficio, corresponde ordinariamente al sujeto atacado, es decir, al demandado. (...). Por el contrario, en el proceso romano la prueba se dirige a formar la convicción del juez, que figura entre las partes (cual-quiera que fuese su función originaria) como arbitro y responsable de la decisión; se admiten los más diversos medios de prueba y constituyen su objeto los hechos particulares: la prueba se dirige al juez, y como representa una carga corresponde generalmente al que ataca, o sea al actor y sobre los resultados de las pruebas y contra pruebas realizadas, expresa el juez su libre apreciación en la sentencia definitiva que se produce al final del pleito*”. CHIOVENDA, Giuseppe. Principios de derecho procesal civil. Tomo 1. Madrid: Editora Reus, 1922, p. 1-2.

¹⁵⁰ YARSHELL, op. cit., p. 50-51.

¹⁵¹ O autor também propõe uma delimitação conceitual entre o direito de provar e o direito à prova. “Os aspectos assim destacados, conforme já ficou sugerido, apontam para a existência de um direito à prova autônomo, isto é, sem vinculação direta e necessária com a declaração do direito pelo juiz, em dado caso

relacionado à utilização de todos os meios aptos à demonstração da verdade dos fatos em um processo que resolve uma controvérsia, atuando efetivamente no convencimento do julgador.

Podemos afirmar que qualquer defesa no sentido de que a prova tem como único destinatário o juiz, está completamente descontextualizada no momento atual.

É nesse sentido que, quanto à produção antecipada de provas ou a pré-constituição destas, é lícito afirmar que servem ao benefício da coletividade e ao escopo da jurisdição. A regra é simples: quanto mais e melhores elementos probatórios se fizerem presentes – especialmente de forma pré-constituída – maiores as chances de se obter um provimento mais qualificado.

3.3 RELAÇÃO ENTRE A PROVA COMO DIREITO AUTÔNOMO (DIREITO À PROVA) E O DIREITO DE PROVAR

Em um estado democrático de direitos, é íntima a relação entre o processo e a proteção dos direitos e garantias fundamentais assegurados na Constituição, pelo menos é o que se pressupõe.

O controle da sociedade por parte do Estado é exercido pela jurisdição e para que os direitos dos cidadãos tutelados pelo Estado sejam entregues de forma adequada, com exercício pleno, é preciso que se garanta o direito à prova.

Assim, a tutela jurisdicional efetiva é aquela onde há o correto acerto dos fatos sobre os quais irá se pronunciar o julgador, ou ao menos, aquela em que se garante às partes a possibilidade ampla de tentar demonstrar a sua posição. Falar em processo justo é falar em direito à prova¹⁵², eis que se trata, igualmente, de direito fundamental.

Deste modo, tomando como premissa lógica a existência de um autêntico direito fundamental à prova no nosso ordenamento, bem como delineado o seu conteúdo, vale dizer que tal direito deve ser analisado de duas perspectivas, conforme defendido por Yarshell¹⁵³.

concreto. Trata-se de um direito cujo objeto limita-se à obtenção de certa prova e que, também não vinculada a situações de urgência. Posto desta forma o direito à prova pode ser entendido, então, como direito à busca, à obtenção e à pré-constituição daquela. É o que na doutrina francesa recente se chamou de ‘direito à prova em sentido estrito’. Aceita que seja essa proposta terminológica, haverá então, dois, conceitos distintos: o direito de provar e o direito à prova”. (YARSHELL, op. cit., p. 232)

¹⁵² MITIDIERO, Daniel. Processo justo, colaboração e ônus da prova. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 78, n. 1, p. 67-77, jan./mar. 2012.

¹⁵³ YARSHELL, op. cit., p. 210.

Tal concepção demonstra que a prova pode ser entendida como o direito de provar e o direito à prova em sentido estrito. O direito de provar é uma espécie de desdobramento dos direitos de ação e de se defender, ou seja, é garantia de poder empregar todos os meios para a demonstração da sua verdade dos fatos. Já o direito à prova, em sentido estrito, seria autônomo e não necessita de situação de direito material ao qual se vincule, ou seja, não se apresenta como corolário dos direitos de ação e de defesa.

O direito autônomo à prova garante e tem por objeto algo diferente do direito de provar. Visa formar convicção acerca da conveniência em ajuizar ou não ajuizar uma demanda, por exemplo, ou mesmo de viabilizar um acordo¹⁵⁴.

Tal dimensão nos leva a pensar a prova como algo destinado às pessoas e nem sempre a um órgão julgador, como na concepção tradicional, como já vimos no subtópico anterior.

Nesse contexto, a prova tem como fim o esclarecimento às partes, para a formação e convicção, possibilitando a correta aferição a respeito de circunstâncias fáticas ligadas a uma determinada situação jurídica, para fundamentar uma decisão da parte sobre sua situação e futura posição, ou seja, se pretende desistir da ação ou mesmo de ajuizá-la; se pretende buscar a composição etc.

É muito lógico, embora a prova tenha como destinatário final o juiz, posto que este julgará as questões que lhe foram apresentadas, que a prova também será dirigida às partes, haja vista a influência que terão nas posturas a serem adotadas pelas partes em juízo ou mesmo fora dele. Há, nesta concepção – ora encampada – um direito de não apenas indicar, especificar, produzir e obter a adequada valoração da prova, mas, também, um direito de investigar e provar; seria um direito à prova como experimentação, a prova tendo com destinatário final – ao menos num primeiro momento – a própria parte¹⁵⁵.

¹⁵⁴ YARSHELL, op. cit., p. 238-249. No mesmo sentido afirma Daniel Amorim Assumpção Neves: “[...] nessa espécie de demanda judicial, a obtenção da prova de determinados fatos – em teses favoráveis ao requerente, titular do direito material – poderá levar o requerido a adotar determinada postura que não adotaria diante da incerteza fática anterior. Não é absurda a hipótese de, ao ser demonstrado determinado fato, restar claro o direito do requerente, o que forçará o requerido a celebrar uma transação extrajudicial ou até mesmo a satisfação do direito para evitar uma demanda judicial em que já sabe sairá derrotado.” NEVES, Daniel Assumpção. *Ações Probatórias Autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 29-30.

¹⁵⁵ Nesse mesmo sentido, a prova produzida num processo autônomo serviria também para que as próprias partes possam certificar-se sobre a ocorrência ou inoocorrência de determinados fatos, obtendo assim uma noção mais adequada sobre a veracidade da narração fática e os direitos que efetivamente lhe são devidos, podendo, inclusive, servir como fundamento para eventual recurso que vise questionar decisão judicial baseada em uma análise equivocada do conjunto probatório. FERREIRA, William Santos. Ata Notarial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Org.). *Breves comentários do código de processo civil*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 940-942.

3.4 DIREITO COMPARADO

É certa a interação entre os sistemas das diferentes tradições jurídicas. A despeito de ser equívoca qualquer comparação, nos tempos de hoje, que presume diferenciação absoluta entre os sistemas *civil* e *common law*, vale dizer que previsão trazida pelo NCPC nos aproxima dos ordenamentos que se filiam à estruturação no modelo *common law*¹⁵⁶. Embora ainda exista grande distância em relação a tal estruturação, o novo texto passou a compreender a medida como forma de melhor conhecimento dos fatos para os interessados, na esteira de ordenamentos como o francês e o alemão¹⁵⁷.

Os países tradicionalmente romano-germânicos geralmente preveem a produção antecipada de provas apenas em caráter cautelar, onde a certificação de fatos legados costuma ser efetivada dentro do processo onde se visa declarar o direito material (ação principal).

É o caso de Portugal, que tem dispositivos que vinculam a possibilidade de produção antecipada apenas nos casos em que haja urgência da medida, especialmente quando houver “justo receio de vir a tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas ou a verificação de certos factos por meio de perícia ou inspeção, pode o depoimento, a perícia ou a inspeção realizar-se antecipadamente e até antes de ser proposta a ação”¹⁵⁸.

Tal hipótese é bastante elucidativa e esclarecedora, a despeito de trazer evidente limitação da atividade probatória em caráter antecipado, por impor o requisito da urgência, o que não se coaduna mais com o ordenamento brasileiro.

¹⁵⁶ ALVES, André Bruni Vieira. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência. In: *Coleção grandes temas do NCPC*: Direito probatório, v. 5, 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 557.

¹⁵⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. Da produção antecipada da prova. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Org.). *Breves comentários do código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.027.

158 Art. 419 do Código de Processo Civil português. Havendo justo receio de vir a tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas ou a verificação de certos factos por meio de perícia ou inspeção, pode o depoimento, a perícia ou a inspeção realizar-se antecipadamente e até antes de ser proposta a ação. PORTUGAL, Assembleia da república, lei 41/2013. Disponível em <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=1959&pagina=5&abela=leis&nversao=&so_miolo=>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

Contudo, tal previsão muito se assemelha com uma das possibilidades trazidas pelo NCPC e até é mais claro quando expressamente permite a produção de prova antecipada incidental, coisa que o nosso legislador não fez, obrigando a doutrina a fazer uma construção nesse sentido.

Em Portugal, desde as Ordenações do Reino¹⁵⁹, sempre se exigiu que o requerente demonstrasse, através de sumárias informações, o risco de perda ou grave dificuldade em relação à prova futura, como forma de legitimar a inquirição cautelar¹⁶⁰.

Também na Espanha, temos claro caráter instrumental na prova antecipada, cabível “*cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse em el momento procesal generalmente previsto*”¹⁶¹.

Contudo, também existe previsão que mais se aproxime dos incisos II e III do art. 381, do CPC/15, ao prever a produção antecipada quando “*por conductas humanas o acontecimientos naturales, que puedan destruir o alterar objetos materiales o estado de cosas, resulte imposible em su momento practicar una prueba relevante o incluso carezca de sentido proponerla*”¹⁶².

Na Itália também já existe, há algum tempo, movimento no sentido de desburocratização da instrução processual. É o que foi efetivado com a reforma processual de 2009 e estabelecimento das *misuri urgenti*, do *sequestro giudiziario* e da *istruzione preventiva*, todas medidas que se relacionam com a prova e o tempo, configurando claras adequações procedimentais. Ademais, momento no qual foi inserido

¹⁵⁹ As Ordenações do Reino de Portugal compilaram o direito positivo lusitano e foram a legislação vigente não apenas lá como também no Brasil, por vários séculos.

¹⁶⁰ “Nas ordenações Filipinas, estava dito: ‘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 estejas 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’”. (SILVA, Ovídio Araújo Baptista de. *Do processo cautelar*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 402.)

¹⁶¹ Art. 293, ley de ejudiciamento civil esanhora. Procurar. Ref, ao final. ESPANHA. Congreso de los diputados.

¹⁶² Art. 297, ley de ejudiciamento civil esanhora. Procurar. Ref, ao final. ESPANHA. Congreso de los diputados.

no seu código de processo o art. 702-*bisi*, criando-se o chamado procedimento sumário, que nada mais é do que a previsão de uma instrução sem formalidades¹⁶³.

De outro lado, na França e na Inglaterra¹⁶⁴, a ação autônoma probatória não se prende ao *periculum in mora*; desse modo, é possível seu ingresso desde que o autor demonstre um justo motivo para tanto, entendido como a demonstração da utilidade na produção probatória.

O direito Inglês, no que toca ao processo civil, tem um cunho muito voltado a lidar com as causas de forma justa e menos onerosa. É a ideia central do sistema eminentemente adversarial (*case management*), que prevê maior participação das partes na fase instrutória. O sistema inglês conta com o instituto da *disclosure* (revelação), tanto na fase *pre-action*, anterior à demanda, quanto na *pre-trial*, que precede o julgamento, mas já com a demanda proposta. A *disclosure* permite que as partes revelem documentos e informações, pautados nas regras dos chamados *pre-action protocols*, que são treze situações onde resta demonstrado de que modo devem as partes trocar os dados¹⁶⁵.

Seja na *pre-action*, ou mesmo na fase *pre-trial*, a revelação está apta a incluir a apresentação de informações “relevantes e potencialmente fortalecedoras não somente dos argumentos apresentados pela parte que as revela, mas também dos dados que possam enfraquecer tais alegações, ou mesmo fortalecer aquelas apresentadas pela parte contrária”¹⁶⁶.

Em suma, o direito inglês permite à parte que, mediante uma espécie de aviso quanto à sua pretensão de mover um processo em desfavor de outrem, imponha a este a revelação de informações. Não é requerimento de documento específico – como na nossa exibição de documento ou coisa, por exemplo –, mas a apresentação de tudo que guarde relação com a matéria objeto do processo futuro. Caso não seja cumprido esse encargo,

¹⁶³ GRECO, Leonardo. A reforma do direito probatório no processo civil Brasileiro: Primeira parte Anteprojeto do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. *Revista de Processo*. v. 240, fev./2015, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 61-136.

¹⁶⁴ Vide *rule 31* da *Civil Procedure Rules*, da Inglaterra, que também abarca o País de Gales. A compreensão do sistema Inglês para obrigatoriamente pelo entendimento dos objetivos do processo (*overriding objectives*), descritos pelas *Civil procedure rules* de 1998.

¹⁶⁵ LAUX, Francisco de Mesquita. Relações entre a antecipação da prova sem o requisito da urgência e a construção de soluções autocompositivas. *Revista de processo*, n 242. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril. 2015, p. 455-479.

¹⁶⁶ LAUX, Francisco de Mesquita; RODRIGUES, Daniel Colnago. Antecipação da prova sem o requisito da urgência: primeiras reflexões à luz do novo CPC. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Coleção grandes temas do Novo CPC*. Direito probatório. v. 5. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

serão aplicadas as sanções relacionadas ao *Contempt of Court*, sem falar nos prejuízos subjetivos decorrentes de um sistema que é todo conformado com base na cooperação e boa-fé.

A experiência francesa prevê algumas técnicas aptas a tutelar direitos relacionados à produção de provas antes mesmo do processo principal. Seria o caso das chamadas *attestation e réfère probatorie*, que compõem a *enquête d'examen à futur* e delimitam, respectivamente, o recolhimento de declarações por escrito de testemunhas, a designação de perícias e oitiva de testemunhas e a exibição de documentos¹⁶⁷, apenas diante dos requisitos das cautelares. Com o advento do código de 1975, em especial o art. 145, passou a ser possível a produção de qualquer meio de prova, desde que demonstrado motivo legítimo. O motivo legítimo poderia ser o perigo da demora, ou a conservação da prova¹⁶⁸. A comprovação deveria recair sobre fatos relevantes, cujo esclarecimento pudessem influenciar diretamente na resolução da controvérsia.

Na Alemanha¹⁶⁹ e na Itália também é possível uma ação probatória autônoma sem *periculum in mora*, mas limitada a produção de prova pericial; no direito germânico, ainda se admite essa espécie de ação quando houver concordância das partes na produção de prova.

De outro lado, o sistema americano (Estado Unidos), filiado à tradição *common law*, costuma separar em duas fases o processamento e resolução de uma controvérsia jurídica. A fase preliminar, conhecida como *pretrial ou pretrial discovery* serve para eventual apuração e delimitação de fatos e questões de direito que poderão ser objeto de apreciação quando do julgamento da causa, a *trial*.

¹⁶⁷ LAUX, op. cit., p. 455-479.

¹⁶⁸ GUIMARÃES, Filipe. Medidas probatórias autônomas: panorama atual, experiência estrangeira e as novas possibilidades no direito brasileiro. *Revista de processo*. n. 178. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

¹⁶⁹ É o caso do chamado *schriftliche Beantwortung der Beweisfrage*, bem como do § 485, da ZPO alemã, incluído em 1991, que é a obtenção de laudo escrito a respeito do estado de determinada coisa, denominado de *selbständiges Beweisverfahren*. GUIMARÃES, Filipe. Medidas probatórias autônomas: panorama atual, experiência estrangeira e as novas possibilidades no direito brasileiro. *Revista de processo*. 178. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. LAUX, Francisco de Mesquita. Relações entre a antecipação da prova sem o requisito da urgência e a construção de soluções autocompositivas. *Revista de processo*. n 242. São Paulo: Revista dos Tribunais, Abr. 2015, p. 455-479; com desenvolvimento semelhante: BERIZONCE, Roberto Omar. Prueba anticipada y procedimientos médios para la decisión temprana de los conflictos. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Coleção grandes temas do Novo CPC*. Direito probatório. v. 5. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 639-650.

O sistema adversarial da *common law* é, em sua essência, sistema que proporciona meios de prova e métodos mais incisivos e diretos, via de regra orientados pelos embates travados entre as partes e seus respectivos advogados¹⁷⁰.

O termo *discovery*, traduzido ao pé da letra, significaria “descoberta”, o que se compatibiliza perfeitamente ao objeto da fase preparatória da *trial*. Fica mais fácil pensar um processo em que, antes mesmo de se chegar a uma posição, seja possível entender melhor dos fatos e sobre a extensão do conhecimento e possibilidades dadas ao adversário. Também se extrai, de certo modo, as prováveis estratégias existentes na concepção das partes, haja vista as provas que produzem.

Só é viável alcançar a fase de julgamento da causa (*trial*) caso na fase do *pretrial* a colheita das provas tenha evidenciado às partes a viabilidade (ou a provável viabilidade) do direito que será requerido. Não havendo suporte ou indícios de viabilidade da demanda, não se chega à fase de julgamento da controvérsia¹⁷¹. Contudo, acaso haja, as questões se estabelecem na *pretrial order*.

¹⁷⁰ “Essa realidade se verifica, por exemplo, na forma de inquirição de testemunhas na fase do discovery (pretrial) dos EUA; o juiz apenas intervém para resolver impasse entre advogados acerca do cabimento de determinada pergunta, que não pode, v.g., se inserir em regra de confidencialidade entre cliente-advogado, médico-paciente, ou, ainda, quando a testemunha não teve conhecimento direto dos fatos (hearsay rule), dentre outras. As perguntas são formuladas diretamente pelo advogado à testemunha, sem qualquer intervenção do juiz. Os depoimentos são normalmente gravados e datilografados por estenotipistas e serventuários da corte, podendo durar horas sem interferir na agenda do juiz, que não participa desses atos, em técnica conhecida como deposition. No caso de impugnação às perguntas, o juiz será consultado pelo serventuário por telefone — caso o advogado queira impedir a resposta da testemunha — ou será instado a resolver a impugnação posteriormente, após análise da impugnação pela degravação. Caso acolhida a impugnação, a resposta à pergunta será desconsiderada. [...] A produção de prova documental no discovery é, igualmente, muito diversa. Nessa etapa (pretrial), é realizada uma intensa busca por documentos, acumulando-se grande volume de informações que, posteriormente, serão selecionadas para estruturar o caso para julgamento (trial). Nos EUA, o dever de exibição de documentos é amplo, prévio ao requerimento da parte adversa, consistindo em “cópia de todos os documentos”, “listagem dos nomes e contatos de todas as pessoas que possuam documentos de interesse da causa”, dentre outros, em contraposição à individualização do documento, requisito muito mais restrito dos sistemas da civil law. No sistema vigente em determinados estados norte-americanos, caso a exibição não seja feita, o juiz pode chegar ao ponto de autorizar a busca e apreensão de arquivos e até mesmo de servidores de computador. [...] Quanto à prova pericial, na tradição anglo-saxã o perito originalmente não passava de uma testemunha qualificada (expert witness), que a parte convocava para depor a seu favor. Com a evolução do sistema processual inglês, o perito passou a ser um auxiliar imparcial do juiz, guardando deveres para com o tribunal que se sobrepõem à obrigação para com a parte. [...] Portanto, a prova pericial do sistema anglo-saxão sofreu considerável mudança em relação ao seu modelo originário, aproximando-se do sistema romano-germânico, embora ainda conservando a característica marcante de oralidade na inquirição do expert em audiência”. (MARTINS, André Chateaubriand. A prova pericial no projeto do CPC: Uma leitura a partir da experiência da arbitragem e do direito anglo-saxão. In: *Novas Tendências do Processo Civil*. V. 2. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 49.)

¹⁷¹ CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix. A produção antecipada de prova e o novo CPC. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral). JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Coleção grandes temas do Novo CPC*. Direito probatório. v. 5. 2ª ed. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 556.

3.4.1 Regramento do direito norte-americano

No sistema norte-americano, via de regra, “o processo é mais dispendioso para as partes”¹⁷². Nesse contexto, participar de um processo sem a exata noção das suas chances é algo não muito aconselhável, visto que pode implicar em altos custos, sem falar na natural incerteza com relação aos resultados. Todo o sistema é guiado pelas denominadas *Federal Rules of Civil Procedure*, de 1938, bem como com base na Constituição.

Como já antecipado no subtópico anterior, a fase *pretrial*, instituto que visamos comparar com o objeto central do presente estudo, tem função preparatória à fase de julgamento, mas também possibilita, assim como na previsão do direito brasileiro, êxito na composição prévia, servindo de mecanismo para tanto¹⁷³. “Trata-se, acaso ocorra, de fase de resolução da contenda sem decisão”¹⁷⁴.

O *pretrial* determina os riscos envolvidos, a robustez e solidez das provas, o tamanho da questão (delimitação objetiva) e o procedimento que será utilizado (adequação); o anúncio do potencial é o que se denomina de *constrict or expand the flow*¹⁷⁵. É justamente o momento em que se permite que uma parte relevante de questões seja extinta por acordo, desistência, falta de solidez ou mesmo por constatar que os meios de prova possíveis não serão aptos a possibilitar um julgamento favorável. Já aqui o sistema demonstra que só deverão chegar ao judiciário as questões que, em última *ratio*, não tenham sido solucionadas de forma autônoma pelas partes¹⁷⁶. Esse momento também permite, como veremos a seguir, a ampliação da demanda. Na lição de Taruffo, o *pretrial* somente excepcionalmente desenvolve uma função preparatória. Afirma o autor que na Inglaterra e nos Estado Unidos, o elevado percentual de demandas sequer passa para fase

¹⁷² CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. Discovery no processo civil Norte-Americano e efetividade da justiça Brasileira. *Revista de processo*. n. 245. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 429.

¹⁷³ ALVES, André Bruni Vieira. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência. In: *Coleção grandes temas do NCPC: Direito probatório*, v. 5., 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 558.

¹⁷⁴ ALMEIDA, Úrsula Ribeiro de. Produção Antecipada da Prova sem Urgência no Direito Ambiental: Risco de dano ao meio ambiente. *Revista Jurídica ESMP-SP*, v.3, 2013, p. 135-164. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/79/43> Acesso em: 20 jan. 2017.

¹⁷⁵ “Tal termo se refere à possibilidade das partes apresentarem à corte um caso mais restrito em que a decisão pode se concentrar em poucas questões sem necessidade de maior dilação probatória ou em um caso expandido, cuja produção de provas na fase *pretrial* exigirá uma análise mais pormenorizada de fatos e de documentos”. CAMBI; PITTA, op. cit., p. 429.

¹⁷⁶ CAMBI; PITTA, op. cit., p. 429.

pretrial, haja vista a possibilidade de utilização de alguns mecanismos de solução precoce do processo¹⁷⁷.

A prova colhida na fase de prejulgamento (*pretrial*) também se presta às partes, viabilizando o amplo conhecimento de todas as questões de fato e de direito controvertidas, antes mesmo da estabilização da demanda, que, via de regra, ocorre com a ordem de prejulgamento (*pretrial order*)¹⁷⁸. Uma grande diferença é que no processo civil americano, as partes podem alterar o pedido, bem como o fundamento da inicial e também da contestação, até que a demanda seja estabilizada e ocorra o último ato da fase de prejulgamento, a *pretrial order*¹⁷⁹. Isso decorre do conhecimento amplificado dos fatos, revelado na *discovery*. A questão da estabilização é relativizada em prol da melhor solução do conflito. No processo estadunidense há ampla investigação dos fatos antes da estabilização da demanda.

Contudo, na sistemática americana, já existe um litígio judicial pendente, o que aqui não ocorre de forma idêntica. A PAP, mesmo na nova sistemática – desatrelada ao perigo da demora, e principalmente nesta – não vincula os envolvidos a futuro processo, de modo que pode representar certas limitações à atividade probatória; primeiro porque a eficácia da prova, em primeira análise, estaria vinculada à participação em contraditório dos interessados; e, segundo, porque o papel do juiz é limitado. Entretanto, a despeito de não ser processo que vise a resolução do direito material controvertido, a PAP já é processo, com decisão tomada pelo judiciário e procedimento por ele guiado, no que se aproximam os institutos.

¹⁷⁷ TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. (Coleção processo e direito). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 21-22. No mesmo sentido, Luigi Paolo Comoglio: “Si profilano comunque, de jure condendo, alcune interessante novità nelle linee direttive di una prossima riforma organica del processo. Nel progetto redatto ed elaborato dalla Commissione ministeriale presieduta da Vaccarella nel 2002, la direttiva n. 52 prevede <<la possibilità di utilizzare i procedimenti di istruzione preventiva anche in assenza di periculum in mora>>, nonché <<la possibilità di generalizzare la consulenza técnica ante causam>>. Fermo restando il chiaro intento di isvincolare i presupposti di tale istruzione dalle consuete condizioni di ammissibilità della tutela cautelare in genere, si va rafforzando il parallelismo fra le più recenti innovazioni legislative, in materia e indagini <<private>> e <<preventivi>> dei difensori nel processo penale, e le chances di tutela anticipata, che – grazie, pure, al potenziamento dei mezzi istruttori assumibili dai difensori <<anche prima dell’inizio del giudizio>>, confugurato dalla direttiva n. 22 (cfr. *Supra*), muniscono anche i difensori nel processo civile di idonee possibilità di <<precostituzione>> di fonti e di mezzi probatori, in funzioni di un giudizio acor da promuoversi, nonché i vista di un più adeguato studio delle strategie defensive adottabili”. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le provi civile*. 2ª ed. Turim: UTET, 2004.

¹⁷⁸ JAMES JR., Fleming; HAZARD JR., Geoffrey C.; LEUBSDORF, John. *Civil Procedure*, 5a ed. New York: Foundation Press, 2001, p. 287-288.

¹⁷⁹ HAZARD JR., Geoffrey C., TARUFFO, Michele. *La Justicia Civil en los Estados Unidos*. Trad. Fernando Gacon Inchausti. Navarra: Thomson Aranzadi, 2006, p. 124.

Por lá também ocorre uma espécie de procedimento especial em que se promove uma adequação procedimental em relação ao processo comum. Exemplo importante são as ações coletivas lá denominadas *class actions*, nas quais há, no procedimento, a previsão de uma fase preliminar para decidir se a classe está representada de forma adequada, e uma outra, em momento posterior à sentença, para distribuir a indenização entre os membros da classe, acaso tenha envolvido condenação. Trata-se da aferição da correta representação¹⁸⁰.

Quanto à possibilidade de utilização de medidas por descumprimento de ordem, existem as *injunctions*¹⁸¹. Contudo, tais medidas não podem ser julgadas por jurados, mas apenas por juiz togado porque é um procedimento originário da *equity*. Também quanto ao tema, vale ressaltar que as causas de pequeno valor, chamadas de *small claims*, não preveem o *discovery*, pois seu procedimento deve ser simples, célere e menos oneroso para as partes¹⁸².

Voltando para a fase de pré-julgamento, vale dizer que se inicia com a apresentação do pedido (*complaint*) pelo autor perante a Corte. O pedido do autor deve ser simples, direto e claro, revelando objetivamente a sua pretensão. O *pretrial* tem basicamente quatro funções: a) a citação do réu (*summon*), que apresentará a sua resposta (*answer to a complaint*) também de modo direto e claro, manifestando-se sobre todas as pretensões do autor; b) a revelação dos fatos; c) formulação da causa, e; d) sua delimitação e delimitação da causa. Se a corte autorizar, as partes podem até apresentar réplica e tréplica¹⁸³, a despeito de não ser comum.

Importante destacar que, antes de se iniciar o conflito, as partes têm que demonstrar para a Corte que existe um “caso”, atestando a necessidade da atenção do judiciário, bem como assegurando que será possível produzir provas para fundamentar uma decisão. A demonstração da existência de um “caso” se assemelha ao nosso “interesse de agir”. Nesse sentido, vale destacar que o julgador americano é munido de

¹⁸⁰ Sobre o tema, ler VITORELLI, Edílson. *O devido processo legal coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

¹⁸¹ Pode-se afirmar que a *injunction* é uma espécie de ordem judicial extraordinária, utilizada em casos especiais para blindar o processo de possíveis injustiças. Tem como objetivo compelir um dos sujeitos processuais a fazer ou não fazer algo. As *injunctions* se confundem com o *equity system* anglo-saxão, tratando-se da observação e ação discricionária, por parte do juiz, para a aplicação de um conjunto de princípios de justiça na solução do litígio.

¹⁸² CAMBI; PITTA, op. cit.

¹⁸³ ALMEIDA, op. cit.

alguns meios que corroboram com a condução do processo, como é o caso do *contempt of court*¹⁸⁴.

No sistema da *discovery* (que é considerada uma fase da *trial*), é dever das partes revelar dados que se apresentem como relevantes (*duty to disclosure*) antes mesmo do seu início, tais como: nome, se já se conhecem ou mantêm alguma relação prévia, informações diversas como o endereço e telefone de cada indivíduo que poderá fornecer informações importantes ou dados para a demanda, cópia ou descrição exata do local em que se encontram todos os documentos, demais informações armazenadas eletronicamente, bem como coisas sensíveis que tenham em seu poder e sirvam de base para pedido ou defesa, além de cálculo de cada categoria de dano a ser ressarcido, que deve ser disponibilizado para inspeção ou em cópia, desde que não esteja protegido por algum privilégio (*privilege*), e desde que sirvam para, de algum modo, elucidar o caso ou mesmo que possam auxiliar a defesa¹⁸⁵.

Trata-se do quanto extraído pela leitura da *federal rule 26* do *Federal Rules of Civil Procedure*. A partir de 2000, o sistema americano passou a contar com tal modelo exposto, chamado de *General Discovery*. A previsão vinha de 1993, mas sem cunho obrigatório para os distritos¹⁸⁶.

Ainda incumbe às partes – à semelhança do que ocorre na PAP, no sistema brasileiro – indicar testemunhas, dados em geral, assistentes técnicos e quesitos etc. Em ambos os casos, o dispositivo impõe, de início, um claro dever de boa-fé para as partes, evitando assim que hajam imprevistos ou surpresas para partes e juiz quando do julgamento da causa.

A intervenção do magistrado nesta fase é excepcional, limitada aos casos em que hajam falhas procedimentais que venham a prejudicar o melhor andamento do processo ou mesmo nos casos em que uma das partes faz tal requerimento por se sentir prejudicada. A colheita das provas, contudo, via de regra não conta com atuação dos juízes¹⁸⁷. As imposições quanto à conduta das partes visam justamente evitar que os advogados segurem as provas até o último momento para obter provimento favorável. Os advogados

¹⁸⁴ É instituto oriundo do direito Anglo-Saxão e prevê a possibilidade de punição a um sujeito em caso de descumprimento de ordem ou desrespeito à sua autoridade. Vide menção ao instituto no caso *Gompers x Bucks Stove & Range Co.*, 1911. CAMBI, Eduardo; PITTA, Rafael Gomiero. *Discovery no processo civil Norte-Americano e efetividade da justiça Brasileira. Revista de processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. n. 245, 2015, p. 430.

¹⁸⁵ CAMBI; PITTA, op. cit., p. 430.

¹⁸⁶ LAUX; RODRIGUES, op. cit.

¹⁸⁷ CAMBI; PITTA, op. cit., p. 431.

devem ter acesso às provas a serem utilizadas bem como aquelas eventualmente obtidas pela parte contrária e que podem ser utilizadas no processo.

Em outras palavras, a produção das provas (*evidences*) é feita diretamente pelas partes, havendo a possibilidade de haver solicitação diretamente entre elas, sem prévia autorização judicial. Tal previsão é a que mais enche os olhos. A liberdade na produção da prova, valendo-se da relação cooperativa entre as partes, sem que se submetam à burocracia e ingerência de um falido judiciário. As declarações e as respostas são prestadas perante funcionário juramentado do tribunal (*court office*), que as registra em ata. Só haverá necessidade de autorização quando a informação for protegida por um privilégio¹⁸⁸.

Destaque-se ainda que da finalização dos pedidos das partes (*pleadings*)¹⁸⁹, qualquer uma delas pode dar início à *discovery*. Dessa forma, a depender dos elementos obtidos, as partes podem alterar os seus pedidos (*pleadings*) para incluir, modificar, emendar, alterar ou excluir alegações, conforme já dito anteriormente. Assim, pode-se dizer que a *discovery* é um instrumento que também está apto a delimitar a controvérsia¹⁹⁰.

A mesma *federal rule 26*, já mencionada, estabelece as fases de exposição obrigatória do *Discovery stage*. São elas: a) o momento de se pronunciar para o adversário acerca dos nomes de prováveis conhecedores de informações relacionadas à causa ou detentoras de documentos, dos quais o requerente ou requerido possam se valer. Aqui ainda será providenciada avaliação de danos e verificação de qualquer contrato de seguro que possa transferir a responsabilidade patrimonial posteriormente; b) disponibilização de informações sobre perícias e peritos que pretendam utilizar no julgamento; c) fornecimento de informações sobre as provas que usará durante o julgamento e os nomes das testemunhas¹⁹¹.

Os meios de produção de provas (*evidences*) na *discovery* são basicamente cinco. Os testemunhos (*depositions*); os interrogatórios (*interrogatories to parties*); requerimento para a produção e provas ou descoberta de documentos e coisas (*discovery*

¹⁸⁸ CAMBI; PITTA, op. cit., p. 432.

¹⁸⁹ Os *pleadings* são os requerimentos dirigidos às cortes. A forma como se pleiteia depende da corte, haja vista tratar-se de sistema federativo, havendo regras específicas de procedimento. CAMBI; PITTA, op. cit., p. 429.

¹⁹⁰ ALMEIDA, op. cit.

¹⁹¹ CAMBI; PITTA, op. cit., p. 432.

of documents and things); requerimento para exame físico e mental (*physical and mental examinations*); e, requerimento para confissão ou admissão de fatos (*admission*)¹⁹².

Quanto aos documentos, a *federal rule 34* determina a apresentação no início do procedimento, sem necessidade de haver requerimento por parte do adverso ou mesmo pelo juízo.

Também é possível colher provas que não são admitidas no julgamento, como, por exemplo, as testemunhas de “segunda mão” que tomaram conhecimento dos fatos por outra pessoa que teve conhecimento direto (*hearsay*)¹⁹³. Trata-se de aplicação da *federal rule 35*.

A colheita dessas provas pode ser limitada por meio da apresentação de exceções, quais sejam: a completa irrelevância da prova em relação a demanda; a excessiva onerosidade da prova, a qual detém informação, pode ser obtida por meio menos oneroso; e, a existência de informação protegida por algum privilégio¹⁹⁴.

Qualquer das provas, contudo, pode estar protegida por privilégios, como no caso da relação médico-paciente. Nesse sentido, embora as regras que disciplinam a *discovery* prevejam que ela está limitada por alguns privilégios (*privileges*), estes não são definidos pela legislação federal¹⁹⁵, mas apenas em âmbito estadual. Os privilégios que são aceitos amplamente (Cortes Federais e Estaduais) são apenas a autoincriminação, as comunicações entre advogado e cliente, e a já mencionada relação médico e paciente, ressalvados os casos em que a lide versar sobre as condições físicas da parte, e entre cônjuges.

¹⁹² CAMBI; PITTA, op. cit., p. 432.

¹⁹³ JAMES JR.; HAZARD JR.; LEUBSDORF, op. cit., p. 290.

¹⁹⁴ CAMBI; PITTA, op. cit., p. 433.

¹⁹⁵ *Title V. Disclosures and Discovery. Rule 26 (1) (b): Discovery Scope and Limits.* “Unless otherwise limited by court order, the scope of discovery is as follows: Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party’s claim or defense — including the existence, description, nature, custody, condition, and location of any documents or other tangible things and the identity and location of persons who know of any discoverable matter. For good cause, the court may order discovery of any matter relevant to the subject matter involved in the action. Relevant information need not be admissible at the trial if the discovery appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence. All discovery is subject to the limitations imposed by Rule 26(b)(2)(C).” (UNITED STATES OF AMERICA. Federal Rules of civil procedure. Washington: U.S. Government printing office, 2009. Disponível em <https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_26>. Acesso em: 11 fev. 2017. ALMEIDA, Úrsula Ribeiro de. Produção Antecipada da Prova sem Urgência no Direito Ambiental: Risco de dano ao meio ambiente. *Revista Jurídica ESMP-SP*, v.3, 2013, p. 135-164. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/79/43> Acesso em: 20 jan. 2017.

Não raro ocorrerem divergências quanto às informações requeridas pelas partes, a pertinência da informação requerida pelas partes, e também quanto ao atendimento ou não do pedido de informações sobre os fatos¹⁹⁶. A parte que recebe o requerimento pode alegar que as informações não são pertinentes, ou seja, que fogem da delimitação inicial; ou mesmo, que não foram requeridas de forma precisa. Nesses casos, autor e réu não raro acabam celebrando acordos pois a decisão sobre esse tipo de divergência incidental não é imediata e, portanto, pode atrasar o andamento do processo, gerando mais custos. Se não houver acordo, a via adequada para resolver é requerer uma ordem/moção (*motion for an order compelling discovery*) da corte para obrigar a parte a responder ou apresentar o quanto requerido¹⁹⁷. Como a *discovery* é em regra muito ampla e cara, especialmente em casos complexos, aplica-se sempre que possível os privilégios para resguardar a intimidade das partes.

A amplitude com a qual as partes podem trabalhar poderá, em alguns casos, tornar o processo mais demorado, se entendermos o mesmo como um todo, contudo, a *discovery* possibilita que as partes conheçam melhor a relação litigiosa, levando, no mais das vezes – e se chegar à *trial*, o que não é certo – a causa mais madura para julgamento, munida com elementos relevantes que contribuirão com o julgador. É claro que falar em processo demorado no sistema americano jamais é algo que possa ser comparado com eventual demora no sistema brasileiro, haja vista a diferença abissal existente entre os ordenamentos.

A Suprema Corte americana ainda se vale do chamado *control over the document* para assegurar que, mesmo nos casos em que a parte não tenha acesso físico ou legal sobre um documento, seja compelida a apresentá-lo, acaso tenha controle sobre ele.

Outro instituto interessante é a chamada audiência de prejulgamento ou *pretrial conference*. Trata-se da reunião dos sujeitos do processo (Juiz e partes) para definir as questões de fato e de direito controvertidas, bem como as provas que serão produzidas no

¹⁹⁶ JAMES JR.; HAZARD JR.; LEUBSDORF, op. cit, p. 292-293.

¹⁹⁷ “Nas causas que tramitam em cidades pequenas entre advogados que se relacionam bem, a *discovery* se desenvolve com poucos problemas, mas nos processos mais importantes com alto nível de litigiosidade, ocorrem muitas discussões. Por isso, nos casos mais complexos o juiz pode designar – de ofício ou a pedido das partes – uma audiência com os advogados e as partes não representadas por advogado (*pretrial conference*) para estabelecer um cronograma da *discovery* e definir as provas que serão colhidas. Destaca-se que as partes apresentam as informações que entendem relevantes e o juiz organiza um cronograma com prazos para evitar que a *discovery* se estenda por muito tempo, porém não cabe ao magistrado determinar as provas que serão colhidas. Também pode ser designada audiência periodicamente para decidir os pedidos de ordem a corte (*motions*)”. ALMEIDA, op. cit.

juízo. É, em outras palavras, o momento de organização do caso, onde serão eliminadas as questões não controvertidas e as provas desnecessárias, autenticados os documentos, estabelecido o tempo para cada parte apresentar as suas provas, atribuído o número de testemunhas, dentre outras providências¹⁹⁸. Nada impede que as partes alcancem, neste momento ou a qualquer momento, a autocomposição. Poderia ser comparada à uma audiência de saneamento, só que em momento processual diverso.

Passada a audiência de prejulgamento, a corte deverá proferir uma ordem chamada de *pretrial order*, onde se delimitarão as questões deduzidas na audiência e já mencionadas acima; uma espécie de decisão de saneamento, guardadas as devidas proporções. Os advogados das partes, pelo exercício de colaboração, comumente elaboram um esboço da decisão e submetem ao juízo para aprovação¹⁹⁹. Desse modo, com todos cientes do que e como ocorrerá tudo a partir dali, somente se admitirá a modificação dos termos para evitar injustiça manifesta, que deverá ser denunciada pelas partes através de uma moção.

Destaque-se que, em caso de produção de prova que não esteja prevista, no âmbito da *discovery*, poderá haver a sua desconsideração e conseqüente reforma do julgado, ou mesmo anulação, em casos mais graves.

Importante destacar que nos processos federais que tenham por objeto pedido de indenização para reparação de danos, há direito constitucional ao julgamento pelo júri, que só pode ser afastado acaso ambos os litigantes renunciarem a esse direito²⁰⁰. Seja no julgamento pelo jurado ou pelo juiz as provas são produzidas oralmente na audiência, inclusive as perícias técnicas. Valoriza-se a oralidade como meio de dar celeridade ao procedimento, concentrando os atos num único momento.

As provas apresentadas devem ser pertinentes à questão objetivo da controvérsia, além de apropriadas para demonstrar o fato alegado e jamais poderão estar protegidas por privilégios, conforme já dito. Cada parte deve apresentar prova suficiente sobre os fatos alegados nos *pleadings* para justificar a obtenção de sentença que lhe seja favorável.

A decisão sobre a suficiência ou insuficiência das provas apresentadas e produzidas incumbe à corte, enquanto que ao júri, apenas cabe a apreciação das provas, acaso estas sejam claras e convincentes para fundamentar as alegações postas – a persuasão é importante. Como em qualquer processo, acaso não produza provas a parte,

¹⁹⁸ JAMES JR.; HAZARD JR.; LEUBSDORF, op. cit, p. 352-354.

¹⁹⁹ JAMES JR.; HAZARD JR.; LEUBSDORF, op. cit, p. 352-354.

²⁰⁰ HAZARD JR.; TARUFFO, op. cit., p. 148.

ou mesmo, acaso não produza provas em sentido contrário ao quanto alegado pelo adverso – ou questione a idoneidade daquelas –, estará assumindo o risco de obter decisão desfavorável²⁰¹.

A *discovery* se presta a definir o objeto litigioso, possibilitar que as partes realizem juízo de conveniência sobre possibilidade ou não do seguimento do processo (*advisability*), além de viabilizar, por vezes, um julgamento antecipado (*settling early*)²⁰². Também tem como objetivos secundários a preservação das provas produzidas, em especial as orais; auxiliar na delimitação e conhecimento das questões a serem apreciadas em juízo; e solidificar os depoimentos, estabilizando-os, evitando, assim, falsos testemunhos.

O julgamento antecipado pode ser requerido (*motion for summary judgement*) por uma das partes com base na *federal rule 56*, acaso entenda que as provas produzidas na *discovery* são suficientes para que o processo seja sumariamente julgado ao seu favor.

Se compararmos com o direito brasileiro, a diferença é gritante. Aqui, a despeito do confuso sistema de preclusões existir, não raro ocorre um processo que é decidido a partir de um novo elemento que não era de ciência de todos ao início do procedimento. E não se trata de má-fé no mais das vezes, pois a própria legislação prevê algumas possibilidades nesse sentido. É o caso da testemunha que é levada para AIJ no processo em que corre pelos juizados; o caso do documento que, sob a alegação de ser novo, somente é juntado após a instrução, ou mesmo em momento posterior ao devido, dentre outros.

Certo é que a abertura dada pelo sistema no sentido de não cientificar a todos do quanto possuem ou desejam possuir quanto à informações e elementos, seguramente é algo que contribui para um julgamento mais afastado do ideal. A ausência de separação das fases de pré-julgamento e julgamento poderia ser fator positivo.

Entendemos que tal sistemática poderia ser transportada para o direito brasileiro, com algumas ressalvas quanto ao procedimento comum, mas com certeza com relação ao

²⁰¹ “Por exemplo, no caso *Pennzoit v. Texaco*, a *Pennzoit* apresentou testemunha perita que estimou os danos causados em 10 bilhões de dólares, a *Texaco* não produziu prova contrária porque entendeu que seria indeferido em razão de o valor parecer astronômico, mas o júri aceitou a referida prova testemunhal e foi condenada a pagar a indenização”. ALMEIDA, op. cit.

²⁰² KERLEY, Peggy; HAMES, Joanne B.; SUKYS, Paul A. *Civil Litigation*. 4ª ed. Nova York: Thomsom & Delmar Learning, 2005, p. 212.

processo de arbitragem, e também através dos NJP²⁰³. Aprofundaremos a proposta na sequência do trabalho.

²⁰³ Em sentido contrário, entendendo não ser cabível transpor o sistema americano e utilizá-lo aqui no Brasil, Ursula Ribeiro afirma que: “A sistemática de colheita de provas da *discovery* não pode ser transposta para o direito brasileiro porque nosso processo admite a alteração do pedido e da causa de pedir somente em circunstâncias excepcionais e a colheita de provas se desenvolve sob o controle do juízo, enquanto nos Estados Unidos é conduzida pelas partes. No entanto, é possível trazer a ideia do processo civil estadunidense de que as provas se destinam também aos litigantes e podem ser usadas para conhecerem melhor os fatos e, conseqüentemente, o seu litígio.” ALMEIDA, op. cit. Ainda quanto ao tema, José Roberto dos Santos Bedaque, por sua vez, relativiza a aplicação da regra da preclusão para atender à efetividade do processo. Ele admite que “[...] se, inadvertidamente, for introduzida ao processo causa de pedir não deduzida na inicial e o contraditório abranger a nova realidade fática, não há por que desconsiderá-la”. O contraditório afastaria qualquer prejuízo e ainda evitaria a propositura de nova demanda. (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 136-137).

4 PRODUÇÃO DE PROVA ANTECIPADA NO NCPC

Tendo sido traçadas as noções elementares em matéria probatória no sistema brasileiro – com breve abordagem do direito comparado –, a partir da análise do direito autônomo à prova, bem como o seu objeto, passaremos a analisar o procedimento da produção antecipada de prova conforme o CPC/15, abordando as características gerais e delineando os atos processuais inerentes²⁰⁴.

O direito específico à produção de determinada prova, como já dito, trata-se de um daqueles direitos que compõem o complexo de situações do direito à prova, tendo ganhado maior relevância nos últimos anos. A sua autonomia tem sido reconhecida pela doutrina, a ponto de ter sido destinada pelo legislador uma seção específica do NCPC apenas para prever expressamente uma “ação probatória autônoma genérica”²⁰⁵.

A ação de produção antecipada de prova é a demanda através da qual se afirma o direito à produção autônoma e antecipada, em momento anterior ao processo que se visa ajuizar, ou mesmo em momento antecipado em relação à fase instrutória da ação que tem por objeto o direito material controvertido (incidentalmente). O conteúdo da ação probatória autônoma é justamente a afirmação do direito à prova, onde se exerce, também, a pretensão à asseguuração da prova²⁰⁶.

É previsão que reconhece o direito autônomo à prova ao possibilitar a sua efetivação, esgotando-se o procedimento com a coleta e certificação de que tal ato foi feito regularmente, ou seja, respeitando-se o modo de produção, bem como o contraditório.

É possível que se requeira a produção de qualquer prova²⁰⁷, tema que aprofundaremos em subtópico posterior deste trabalho.

²⁰⁴ Vale deixar consignado o nosso entendimento de que as expressões “Prova antecipada”, “Produção antecipada de prova”, “ações probatórias autônomas”, de um modo geral, podem se referir, a depender do contexto, à Produção Antecipada de Prova (arts. 381 a 383), à Exibição de Documento ou Coisa (arts. 396 a 404), e, também, à Arguição de Falsidade (arts. 430 a 433), por serem técnicas de antecipação de produção de provas. Cada uma é uma espécie de um gênero que pode adotar as nomenclaturas inicialmente mencionadas. Também demos tratamento especial à Ata Notarial (art. 384), apenas pela inclusão destaca do instituto no novo código, mas o seu enquadramento mais se assemelha ao da prova documental. Contudo, a ênfase maior do trabalho refere-se à Produção Antecipada de Prova, nos termos dos arts. 381 e ss., do CPC.

²⁰⁵ DIDIER Jr. Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. Curso de direito processual civil. v. 2. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 155

²⁰⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 367.

²⁰⁷ “Qualquer prova” aqui se refere a todas as provas típicas e atípicas, com exceção da prova documental. Encampamos aqui a posição de Fredie Didier, Paula Sarno e Rafael Alexandria, que defendem que a prova

Fala-se em prova antecipada como espécie das ações probatórias autônomas, agora inseridas num mesmo contexto dentro do código, englobando ainda todas as demais hipóteses, ainda que de produção incidental – que pode ser dita não autônoma, haja vista que praticada dentro de um processo existente, só que em momento anterior ao da instrução.

A terminologia empregada, no entanto, não nos parece a mais correta²⁰⁸. O termo “antecipada” não pode ser aplicável aos casos em que a prova seja produzida sem o requisito da urgência e, portanto, sem que se vincule a um processo principal, pois, neste caso, a produção da prova se dá no momento adequado, haja vista que jamais poderia se dar num processo onde se debata e se declare direitos quanto a uma relação material controvertida, pois *a priori* não existe controvérsia e nem há perspectiva de existir. Portanto, a noção de prova antecipada parece remeter ao tempo em que esta ocorria excepcionalmente, em função da urgência, o que não faz mais sentido.

A prova só é antecipada se tomarmos como ponto de observação o “momento adequado” e comum de sua produção, que seria na fase instrutória do procedimento comum. Mas acaso não haja processo principal ou mesmo acaso nunca tenha havido tal pretensão, a classificação de antecipada fica sem sentido.

Prova antecipada é uma espécie que se subdivide em prova antecipada incidental e prova antecipada em caráter antecedente. O regramento é diferenciado e o momento também. Tal esquematização se assemelha, quanto ao momento, às regras sobre tutelas provisórias, em caráter antecedente ou não. Pensar assim é manter coerência com o

documental, acaso requerida de forma antecipada, deverá ser feita através da exibição de documento. DIDIER Jr, Fredie; BRAGA, Paula Sarno, ALEXANDRIA, Rafael, *Curso de direito processual civil*, v. 2, Salvador: Jus podivm, 2015, p. 138. Também nesse sentido, em momento posterior: DIDIER Jr., Fredie. Produção Antecipada da Prova. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Direito probatório*. Coleção grandes temas do Novo CPC. v. 5. 2ª ed. Salvador, Juspodivm, 2016. No mesmo sentido, GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo Curso de Direito Processual civil*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Tal entendimento se funda na ideia de que, só podemos ter duas perspectivas em relação à prova documental - que é registro de um fato. De um lado, pode desejar o interessado que seja apresentada uma prova já existente, consistente num documento ou em uma coisa, momento no qual irá requerer a exibição do mesmo. De outro lado, o interessado quer produzir uma prova documental que não existe, momento no qual irá requerer a Produção Antecipada de Prova e, através de qualquer meio, típico ou atípico, produzirá uma prova. Essa prova é um documento que poderá servir para mero registro ou para fins de ingresso em outro processo como prova emprestada. Portanto, quanto à prova documental, somente é possível exibi-la, acaso existente. Acaso não preexistir o documento ou coisa e deseje um sujeito produzi-la, terá de se valer da PAP. Sobre o tema, sugerimos a leitura do capítulo que trata da prova documental, na primeira obra ora referenciada.

²⁰⁸ Nesse sentido: MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 2ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015.

sistema. Talvez fosse o caso de ter o legislador denominado ações probatórias, criando um capítulo específico.

Importante estabelecer algumas premissas, antes mesmo de desenvolver o estudo quanto a cada tema tratado a seguir. Apesar do silêncio do legislador, é possível a produção antecipada de prova em caráter incidental²⁰⁹ (especialmente na hipótese do inciso I, do art. 381, ou mesmo como incidente processual, no bojo de um processo já em curso, seja com fundamento no art. 139, IV, do CPC, ou mesmo nas regras sobre tutelas de urgência²¹⁰).

Fala-se na simplicidade²¹¹ (sumariedade) procedimental da medida de antecipação como uma espécie de regra. Por exemplo, ao citar o requerido, o juiz deve já determinar a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico para a perícia objeto da antecipação²¹². Tal característica pode ser extraída da leitura dos dispositivos atinentes à prova antecipada no NCPC, em especial: inciso I do art. 381, que trata da hipótese de PAP fundada na urgência; o inciso III do mesmo art. 381, ao dispor sobre “prévio” conhecimento, dando a ideia de anterioridade, celeridade; o §2º do art. 382, que veda manifestação do julgador acerca da ocorrência ou inoocorrência de fatos ou as suas consequências jurídicas; o §3º do mesmo art. 382 que permite a produção de outras provas acerca do mesmo fato “salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora; e o próprio §4º do art. 382, que veda a defesa e recurso.

²⁰⁹ Em sentido contrário, Eduardo Talamini defende que a produção antecipada de prova só é possível de forma prévia ao processo, visto que, “se o processo já estiver em curso e houver a necessidade de antecipação de uma prova (i.e., sua produção antes da fase instrutória), aplica-se o art. 139, VI, do CPC/2015 que confere ao juiz o poder de alterar a ordem de produção dos meios de prova”. TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. Revista de processo, v. 260, out/2016, p. 78-79. Ousamos discordar do entendimento, tendo em conta que: primeiro, se assim for, estaríamos, ainda que de forma abstrata, deixando de lado o direito autônomo à prova e nos socorrendo do poder geral de efetivação do juiz quanto à necessidade de produção da prova; segundo, apesar de o fundamento poder ser o mesmo, o que deve existir é a utilização do instituto próprio e adequado à efetivação do direito, no caso, o art. 381 e ss. tendo aplicação subsidiária o 139, VI; terceiro, alterar a ordem de produção parece se referir especificamente à ordem de produção durante a fase de instrução, além de não guardar relação direta com os fundamentos da produção antecipada numa primeira análise, sem contar que não toca a noção de antecipação; em tempo, o simples fato de se aplicar o art. 139, VI ou o art. 381 e ss. não desnatura o caráter antecipatório da medida, razão pela qual tal diferenciação, em dada dimensão, nem faria sentido; e, por último, a aplicação do art. 139, ao final das contas, teria de respeitar todo o regramento estabelecido no livro específico do CPC quanto à produção antecipada, especialmente no que se refere ao regime recursal, citação de interessados, apresentação de defesa, não nos parecendo que poderá haver o devido intercâmbio procedimental.

²¹⁰ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

²¹¹ Dentre outros TALAMINI, 2016, op. cit., p. 96; DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

²¹² TALAMINI, 2016, op. cit.

Concordamos em parte com a ideia de simplicidade extraída do texto normativo. Isso porque calcada na ideia de simplicidade – procedimento simplificado –, mas também na ideia de celeridade – perspectiva da duração razoável do processo. Mas temos restrições quanto à visão de que este procedimento tem de ser célere a qualquer medida, a ponto de desrespeitar preceitos gerais do código, ou mesmo a ponto de não se fazer uma análise “macro” acerca dos ganhos da utilização do procedimento da PAP, quando em comparação com o procedimento comum.

Ocorre que, em dadas circunstâncias, deixar de lado a ideia de simplicidade ou de celeridade, ou até de ambas, não desnaturaria o objetivo da produção antecipada de provas.

Interpretar com base no texto legal e, a partir disso extrair um ideal ou regra de simplicidade (e celeridade) do procedimento não faz exatamente sentido. Primeiro, porque o texto legal realmente permite que se extraia tal noção. Contudo, é evidente que o mesmo pede interpretação muitas vezes não literal. Então, questionamos: como podemos extrair um ideal a partir da interpretação literal, sendo, na prática, a interpretação extensiva ou não literal a referência, como no caso da defesa e recursos? É evidente que a pretensão fundada na urgência mais se ajusta ao ideal de simplicidade e celeridade, mas nem sempre quanto às demais hipóteses.

Para extrair a noção de simplicidade e celeridade utilizamos as imperfeições do texto legal cru, contudo, rejeitamos tal perspectiva quando aprofundamos o estudo do instituto. Ou seja, é uma premissa restritiva.

A prova produzida de maneira antecipada poderá ser utilizada num futuro processo, seja ele voluntário ou contencioso²¹³; poderá também ser utilizada no mesmo processo onde foi produzida (levando em conta a produção antecipada de prova incidental); e também poderá sequer ser utilizada em processo eventual e futuro, quando a parte chegar na autocomposição, meio alternativo de solução de conflito ou guardar a prova apenas para tê-la documentada²¹⁴.

²¹³ THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol. 1. 56ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 913.

²¹⁴ Nestes casos, a doutrina fala em uma necessidade de “nexo de referibilidade”, ou seja, a despeito do caráter autônomo da produção probatória, sua proteção sempre estaria atrelada a uma possível pretensão ou defesa de outro direito. TALAMINI, Eduardo. Da produção antecipada da prova. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 589. Tal condicionamento não pode ser interpretado como restrição ou obrigatoriedade da parte mencionar processo futuro ou exatos contornos de certa relação jurídica controvertida ou mesmo potencialmente controvertida

Além disso, tem legitimidade para propor a produção antecipada o sujeito que vise utiliza-la tanto para ajuizar ação contra outrem, como para se defender em eventual processo futuro. Também há interesse, como já dito, na mera documentação e, além disso, pode haver utilização para utilização em processo de jurisdição voluntária, onde não haverá adversos.

Por fim, vale dizer que a atividade probatória antecipada prevista no NCPC tem caráter jurisdicional e não administrativo. É tarefa composta pela verificação e demonstração de fatos, desenvolvida pelo juiz ou pelo árbitro (vide subtópico deste trabalho que trata da arbitragem), pelas partes e pelos demais sujeitos processuais envolvidos. É nas palavras de Yarshell, “atividade tipicamente jurisdicional e não meramente administrativa²¹⁵”.

E isso porque não há dispensa da atuação do direito objetivo, de modo que se submete às decisões do estado em típica função da jurisdição. Há resolução de questões de fato e de direito, referentes, respectivamente à admissibilidade e ao modo de produção da prova²¹⁶.

Ainda na lição de Yarshell, vale destacar o caráter substitutivo da medida, eis que, a despeito da possibilidade de pré-constituição de prova na forma extrajudicial, por mera liberdade das partes, em atos do cotidiano ou mesmo com o intuito de produzi-las, evidente que em alguns casos isso não será suficiente. Também há que se considerar que o envolvimento do Estado, através de terceiro imparcial dá outra conotação à prova e lhe confere maior validade, eficácia e credibilidade²¹⁷, impactando na confiança do resultado e gerando efeitos jurídicos certos.

Ainda quanto às generalidades, vale lembrar, seguindo lição de Yarshell, que o procedimento tem algumas limitações. Deve, antes de se pensar em qualquer outro aspecto: “respeitar o direito à intimidade e ao sigilo; ter alguma vinculação com a

²¹⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. Da produção antecipada da prova. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Org.). *Breves comentários do código de processo civil*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.027-1.028. Em sentido contrário, afirmando pela natureza administrativa, THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. V. 1. 57ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

²¹⁶ Conforme leciona Yarshell, “Basta lembrar os casos de requisição de dados protegidos pelo sigilo bancário ou fiscal, que excepcionam direitos constitucionais; ou em medidas executivas (por exemplo, busca e apreensão de documentos) ou de coação (imposição de multa diária à parte ou a terceiro, para ilustrar). Embora não haja propriamente a declaração do direito, a atividade é marcada pela aplicação da lei diante de um caso concreto, mediante o estabelecimento de limites e com escopos determinados.” YARSHELL, op. cit., p. 1.028.

²¹⁷ YARSHELL, op. cit., p. 1.028.

relação de direito material para evitar o exercício arbitrário do direito; ser apta a provar o fato ou a circunstância de fato; e, o eventual processo declaratório não pode ser inviável, não se admitindo, por exemplo, a produção antecipada de prova relativa à dívida de jogo”²¹⁸.

4.1 NATUREZA JURÍDICA DAS PROVAS ANTECIPADAS

Não acreditamos que a prova antecipada seja um meio de prova, como por vezes se lê na doutrina. O fato de constar do capítulo XII, do CPC, no qual encontram-se as provas em espécie não faz dela um meio de prova. A produção antecipada de prova é uma ação, um momento diferenciado de haver a produção dos meios de prova e, por isso, não se confunde com aqueles. É instrumento adequado para utilização de um meio de prova. Ninguém comprova algo por meio da produção antecipada de provas, mas sim, através do meio de prova produzido antecipadamente naquele procedimento.

Não há produção antecipada de provas se não houver um meio típico ou atípico de prova envolvido.

Como bem afirma Fredie Didier Jr., “o processo autônomo de produção antecipada de provas é de jurisdição voluntária”²¹⁹. Em posição um tanto diversa, Leonardo Greco e José Maria Rosa Tesheiner acreditam que a jurisdição é voluntária quando nos procedimentos a atividade do julgador seja de mera aquisição da prova, sendo, por outro lado, contenciosa ou não nos demais procedimentos, a depender da natureza do procedimento principal²²⁰.

De outro lado, Eduardo Talamini entende que não se trataria de “simples jurisdição voluntária”. Sustenta que mesmo a jurisdição voluntária teria a natureza jurisdicional, a despeito de não resolver de forma propriamente dita um problema e que, ainda que assim o fosse, quando tratamos da produção antecipada de uma prova,

²¹⁸ ALMEIDA, op. cit.

²¹⁹ DIDIER Jr. Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 138. Em sentido diverso, parcialmente: “A produção antecipada de provas é ação (veicula um pedido de tutela jurisdicional) geradora de processo próprio. Não se trata de simples “jurisdição voluntária”. Insere-se no contexto de um conflito, ainda que não tenha por escopo diretamente o resolver. É medida com procedimento sumário (a ponto de excluir contestação e recursos) e cognição sumária horizontal (o juiz averigua superficialmente o pressuposto para antecipar a prova) e vertical (o juiz não se pronuncia sobre o mérito da pretensão ou defesa para a qual a prova poderá futuramente servir)”. (TALAMINI, 2016, op. cit., p. 78.)

²²⁰ TESHEINER, José Maria Rosa. *Jurisdição Voluntária*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 156 e ss. GRECO, Leonardo. *Jurisdição Voluntária*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 28.

poderemos ter circunstâncias em que a prova se insira no contexto de um conflito (mesmo não tendo como objetivo resolvê-lo), ou mesmo que no procedimento de produção de uma prova (ainda que sem vinculação a um processo), possa haver conflito quanto à sua produção²²¹, por exemplo.

O fato de haver potencial conflito quanto à existência do direito à prova não desnatura tal realidade. Tal potencialidade é da essência da jurisdição²²². Em não havendo a necessidade de afirmação do conflito em torno da produção da prova, não há como afastar o enquadramento na jurisdição voluntária, até mesmo quando pensarmos na produção de uma prova que possa vir a prejudicar um terceiro, quando menos com a possibilidade de produção conjunta de provas por diversos interessados.

Certo mesmo é que não se trata de processo cautelar, pois não há sequer a necessidade de alegar urgência, e nem tampouco qualquer necessidade de acautelamento de um objeto em outra ação conforme já defendeu parte da doutrina²²³. Entendemos, ademais, que não se pode tachar em abstrato se os processos probatórios em geral teriam natureza de jurisdição voluntária ou contenciosa, nem tampouco vincular tal enquadramento à eventual ação futura. A ação probatória autônoma tem procedimento que preza pela simplicidade, mas que é bastante complexa no seu desenrolar, podendo haver interesses dos mais diversos dentro de um mesmo procedimento; ampliação subjetiva; ampliação objetiva; vinculação ou não a uma causa futura; alteração substancial na relação das partes, de modo a alterar todo o quadro, dentre outras.

Essa complexidade não nos permite tachar sua natureza, senão no caso concreto.

A liberdade e autonomia na produção da prova permite inclusive que nunca seja ajuizada a ação principal onde se utilizaria a prova, podendo a prova justamente servir de contraestímulo ao ajuizamento da ação; hipótese em que o requerente da prova percebe que não tem chance de êxito; ou ainda, que o melhor caminho seria um acordo, haja vista o custo para efetivar o seu direito valendo-se do processo comum.

A produção da prova pode nem trazer grande significação quanto ao polo em que se encontrem as partes, haja vista que, nas palavras de Yarshell, trata-se de ação com

²²¹ TALAMINI, 2016, op. cit., p. 77-78.

²²² Sobre o tema, conferir as duas teorias: administrativista e jurisdicionalista em: BRAGA, Paula Sarno. *Processo civil*. Teoria geral do processo civil. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

²²³ YARSHELL, Flávio Luiz. Da produção antecipada da prova. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Org.). *Breves comentários do código de processo civil*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

duplicidade peculiar²²⁴, pois a procedência da demanda (probatória) tem o mesmo significado para todos, beneficiando ou prejudicando todas as partes.

4.1.1 Caráter dúplice na concepção de Yarshell

Na visão de Yarshell, as ações probatórias autônomas se revestiriam de caráter dúplice. Tal noção, em linguagem mais didática possível, significa dizer que a posição que os interessados ocupam (se autor ou réu) não importa, haja vista que a prova valerá e produzirá iguais efeito entre eles. A prova produzida, independentemente de quem a requereu, poderá beneficiar um ou outro, ou ainda não ser suficiente a esclarecer os fatos, que do mesmo modo seguirá a ideia geral, ora exposta.

Temos que o autor da demanda é o responsável pelo requerimento inicial onde abordará, necessariamente, a exposição dos fatos que constituem o objeto da prova e os meios de prova adequados. Trata-se de atividade que, em maior ou menor profundidade e técnica envolvidas, define determinadas questões processuais.

Acontece que a prova se presta à comprovação (verificação e demonstração) de uma proposição (fatos), tendo, tanto para um sujeito processual que ocupe o polo passivo, quanto para o inverso, que ocupe o ativo, a mesma função. Nesse sentido, “ainda que seja dado ao requerido resistir à pretensão e tentar impedir que a prova seja produzida [...], uma vez que ela seja admitida, seu caráter instrumental opera de maneira uniforme para ambas as partes; inclusive porque nesse processo não há valoração pelo órgão judicial (que não o juízo sobre admissibilidade)”, afirma o autor.²²⁵

Aqui, particularmente, encampamos tal posição, que mesmo a prova que seja desfavorável ao réu, por exemplo, atenderá, em certa medida, aos seus interesses, haja vista que minimamente lhe servirá de advertência quanto às possibilidades e perspectivas que a partir dali virão. Tal consciência, tomada apenas na fase de instrução de um procedimento comum, pode ser muito mais prejudicial.

Contudo, cabe uma ressalva importante. Ao longo deste capítulo, veremos que, a despeito de encampar a ideia de Yarshell, não concordamos com todos os reflexos que o autor extrai de tal premissa. Apenas a título de exemplo, vale mencionar o regramento

²²⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

²²⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. Da produção antecipada da prova. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Org.). *Breves comentários do código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.038.

quanto à condenação em custas e honorários, aspecto que veremos adiante, e se trata de ponto específico onde pedimos licença para discordar.

4.1.2 Tutela cautelar e tutela satisfativa

A doutrina tradicional afirma que a tutela cautelar visa resguardar, a partir da instrumentalidade, a eficácia de um procedimento principal²²⁶. Tal pensamento, em uma noção mais ampla, serve de entendimento ao caráter publicístico da sua função, no que as cautelares se prestam à jurisdição e ao processo.

Divergindo de tal entendimento, surgiu uma corrente que enxerga que a função primordial da tutela cautelar seria a tutela do próprio direito material afirmado pela parte, desde que submetido ao perigo da demora²²⁷.

Já as tutelas satisfativas seriam aquelas que se destinam a resolver as crises de direito material²²⁸, os litígios trazidos ao judiciário pelas partes, a fim de estabelecer, em uma das perspectivas, uma paz social.

Há quem entenda que se deva reconhecer um caráter satisfativo nas tutelas cautelares, caso em que o conteúdo satisfativo esteja circunscrito tão somente ao direito à cautela e não ao direito acautelado (via de regra material), que só seria protegido de forma assecuratória²²⁹.

²²⁶ CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimientos cautelares*. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000, p. 209. Também nesse sentido, “*Estas medidas especiales determinadas por el peligro o la urgencia se llaman medidas de seguridad o de cautela (cautelares), porque surgen antes de que sea declarada la voluntad de ley que nos garantiza un bien o antes de que sea realizada su actuación para garantía de su futura actuación práctica y son distintas según la diversa naturaleza del bien a que se aspira. El poder jurídico de obtener una de estas resoluciones es na forma autónoma de acción (acción aseguradora): y es mera acción que no puede coñsid^fátlie como accesorio del derecho asegurado (cautelado) porque existe como poder actual cuando aún no se sabe si aquel derecho existe; e ínterin, el demandado no tiene obligación ninguna de cautela antes de la resolución del juez. Y también aquí el derecho a la resolución de ^cautela» es un derecho del Estado fundado en las necesidades generales de la tutela del derecho; la p^te solo tiene el poder de provocar su ejercicio en el caso concreto. La medida provisional responde a la necesidad efectiva y actual de remover el temor de un daño jurídico: si este daño era en realidad inminente y jurídico, ha de resultar de la declaración definitiva*”. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Tomo 1. Madrid: Editora Reus, 1922, p. 262.)

²²⁷ “Conceituando a tutela cautelar, tivemos o cuidado de dizer que ela exerce a função de instrumento que assegura a realização dos direitos subjetivos. Assegura, porém não satisfaz o direito assegurado”. SILVA, Ovídio Araújo Baptista de. *Curso de processo civil: Processo cautelar (tutela de urgência)*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. V. 3, p. 38-39.

²²⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 109.

²²⁹ Nesse sentido, SILVA, Ovídio Araújo Baptista de. *Do processo cautelar*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. No mesmo sentido sentido: MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 49.

Nessa linha, a tutela cautelar não estaria vocacionada à garantia do processo (entendimento clássico), mas sim, para eliminar risco de dano ao direito afirmado pelas partes em face do decorrer do tempo até a prestação jurisdicional, de modo a assegurar a fruição do direito que se busca satisfazer, decorrente da relação material controvertida.

É prevenção ao dano imediato que seria capaz de afetar o interesse da parte requerente e que comprometeria a eficácia da eventual tutela entregue mais a frente²³⁰.

No NCPC foi excluído o livro relativo ao processo cautelar, bem como todas as ações cautelares nominadas²³¹, de modo a consagrar o entendimento doutrinário que afirmava pela impossibilidade de se enxergar o processo cautelar como um terceiro gênero de tutela definitiva, mas sim como tutela provisória²³². A tutela cautelar foi colocada junto à tutela antecipada, como espécie de tutela provisória, não tendo havido supressão das diferenças existentes no CPC/73.

A utilidade da presente discussão em relação à prova antecipada é gritante, haja vista que, além de determinar as fundações da aplicabilidade do instituto, ainda pode significar a aplicação de um ou outro procedimento, a depender de qual fundamento se utiliza para a produção antecipada da prova.

O NCPC parece ter sido pensado sem a natureza cautelar do procedimento autônomo de produção de provas²³³. Isso para aqueles que entendiam ser este o caráter da PAP, no CPC/73, como visto no subtópico 2.2, do presente trabalho. Para estes, a produção antecipada de provas “perdeu” sua natureza cautelar, passando a ser ação probatória autônoma sem necessidade de comprovação do *periculum in mora*.

Também entendemos no mesmo sentido. Seguramente a Produção Antecipada de Provas não tem mais a natureza cautelar que possuía na vigência do CPC/73 – se levarmos em conta a letra fria da lei. A conotação era outra, tendo o NCPC ampliado as hipóteses de cabimento da PAP, reconhecendo o direito autônomo à prova, direito este que é incompatível que a limitativa noção meramente instrumental.

²³⁰ THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. V. 1. 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 532.

²³¹ THEODORO Jr., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. V. 1. 57ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 614.

²³² CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix. A produção antecipada de prova e o novo CPC. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Coleção Grandes temas do Novo CPC*. Direito probatório. v. 5. 2ª ed. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 544.

²³³ NEVES, Daniel Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 672.

Nesse sentido, a distinção entre a tutela satisfativa do direito material e a tutela satisfativa do direito autônomo à prova também é algo que se apresenta como ponto importante. Estudaremos essa perspectiva em momento posterior deste trabalho.

4.2 CLASSIFICAÇÃO

Com base no que a doutrina já desenvolveu, separaremos as classificações tradicionais em matéria de provas, dando o enquadramento adequado com relação à prova antecipada e tratando ainda das classificações próprias do instituto.

Assim como com relação a qualquer prova, temos algumas classificações que se aplicam também à Produção Antecipada de Provas. Quanto aos sujeitos, a doutrina esclarece que as provas podem ser reais ou pessoais, quando, respectivamente, a sua fonte for coisa/fenômeno ou pessoa.

Nenhuma novidade com relação à prova antecipada, que também pode ter como fonte de prova pessoas ou coisas, tendo em conta que permite qualquer meio de prova. Quanto à forma, podem ser orais, documentais ou materiais. Também nenhuma diferença em relação à classificação específica das provas antecipadas. Aqui, cabe apenas a menção à ampliação dos meios de prova que podem ser utilizados na PAP, já no sistema anterior previsto no CPC/73, havia limitação, conforme já vimos.

Quanto ao objeto, podem ser diretas ou indiretas, a depender se mantêm com o fato uma relação direta ou quando a prova do fato se dá pela comprovação de fato distinto, que por meio de inferências leva ao fato principal que se pretende provar²³⁴.

Quanto à complexidade, como já afirmamos anteriormente, as provas podem ser simples, quando apenas uma prova for suficiente à demonstração do fato, ou compostas, quando seja necessária a produção de diversas provas. Quanto à sua preparação, podem ser: a) casuais ou simples, aquelas preparadas ao logo do processo, ou; b) pré-constituídas, entendidas como sendo aquelas preparadas preventivamente, em vista da utilização em futuro processo²³⁵. Vejamos que na PAP (aqui entendida como gênero) podemos pré-constituir provas ou mesmo requerer a exibição de outras já existentes, com enquadramentos jurídicos diferentes para cada uma das funções, conforme veremos.

²³⁴ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. v. 2. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 43-44.

²³⁵ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, op. cit., p. 43-44.

Finalmente, quanto à previsão legal, podem ser típicas ou atípicas, sendo as primeiras previstas em lei²³⁶ e as demais não previstas expressamente²³⁷.

Por outro lado, a prova antecipada pode ser unilateral, bilateral, ou plurilateral, quanto à finalidade da sua produção e potencial de eficácia contra outrem.

Na prova unilateral, o requerente quer a prova apenas para formar o seu convencimento, a priori, sem finalidade contenciosa (tal convencimento é, por vezes, difícil, mas possível). Tal medida se aplica aos casos em que os fatos apenas são pertinentes à pessoa do justificante, como, por exemplo, ação promovida para demonstração da própria idoneidade financeira²³⁸ ou para alteração de nome, seja para pessoas físicas ou jurídicas.

Trata-se de hipótese em que o fato diz respeito exclusivamente à pessoa do requerente, não configurando prova de relação jurídica, em que se pressupõe a existência de demais pessoas envolvidas e a necessidade de citá-las.

Será bilateral quando a prova possa ser produzida e atingir a relação jurídica e a esfera subjetiva de dois sujeitos. E será plurilateral quando envolver mais de dois sujeitos e tiver contra todos eficácia, hipótese que inclusive cogita uma atuação ativa do juiz na colheita da prova em sede de PAP, ainda que com as limitações inerentes ao procedimento.

A prova antecipada também pode ser vista quanto ao momento da sua produção, podendo ocorrer de forma incidental ou antecedente. Incidental quando no bojo de um procedimento onde se visa obter declaração de direitos e algum dos sujeitos requer a antecipação da prova com base na urgência. Antecedente quando a prova antecede o eventual processo onde será debatido o direito substancial controvertido. Aqui caberá a escolha do procedimento apropriado, se o do art. 381 e ss., do CPC ou o da exibição de documentos etc.

Se incidental, seguirá o regramento próprio da prova que se visa produzir, conforme Enunciado FPPC n. 634, que será mais bem abordado adiante.

²³⁶ É o caso das provas emprestadas, ata notarial, depoimento pessoal, confissão, exibição de documento ou coisa, prova pericial, prova testemunhal e inspeção judicial (arts. 372 e 384 e ss. do CPC/15).

²³⁷ A doutrina enumera as provas atípicas, exemplificativamente, dentre outras, como sendo: as constatações por oficial de justiça, as declarações de testemunhas prestadas por escrito, prova cibernética, prova por amostragem, reconstituição de fatos etc.

²³⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista de. *Do processo cautelar*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Quanto ao interesse, a prova pode ser conservativa ou proativa.²³⁹ A conservativa é aquela prova que recai sobre fatos relevantes para a resolução da eventual controvérsia e poderá ser produzida por qualquer interessado que possa vir a ser parte num futuro processo. É prova produzida antes da propositura da ação ou durante seu andamento, mas antes da instrução, com o fim de assegurar e conservar a prova, sempre que haja receio de perdê-la ou de alteração substancial, tornando dificultosa a comprovação em momento posterior²⁴⁰.

De outro lado, a prova proativa é aquela cuja produção pode determinar a medição da própria força dos interessados, mediante obtenção de informação sobre qualquer aspecto do conflito, viabilizando a autocomposição ou outro meio alternativo de resolução de conflitos, ou mesmo o conhecimento prévio dos fatos para dar maior segurança ou impedir ajuizamento de ação na justiça.

4.3 FUNDAMENTOS DO PEDIDO DE PROVA ANTECIPADA: REDUÇÃO DA INCERTEZA DOS RESULTADOS

A produção antecipada de provas tem por escopo a garantia do direito processual à prova de forma autônoma. Tradicional lição do direito afirma que o processo é certeza dos meios e incerteza dos resultados. Trata-se de característica do direito de ação que é abstrato. Seguramente o NCPC consagra elementos atenuantes dessa realidade, dentre os quais seguramente a Produção Antecipada de Provas.

A petição inicial é o momento adequado para a apresentação das razões que justificam a necessidade de antecipação da prova, ou seja, a sua causa de pedir. A causa de pedir será a necessidade que tem o requerente de produzir a prova de forma antecipada.

²³⁹ Conceituação exposta por: VERBIC, Francisco; SUCUNZA, Matías A. Prueba anticipada em el nuevo Código Procesal Civil: un instituto relevante para la composición eficiente, informada y justa de los conflictos. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Direito Probatório*. Coleção grandes temas do Novo CPC. v. 5. 2ª ed. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 599-620.

²⁴⁰ Exemplos de provas conservativas são “*la declaración de algún testigo de avanzada edad, gravemente enfermo o próximo a ausentarse del país por tempo indeterminado; el reconocimiento judicial o dictamen pericial para hacer constar la existencia de documentos o el estado, calidad o condición de cosas o de lugares*”, dentre outros. VERBIC, Francisco; SUCUNZA, Matías A. Prueba anticipada em el nuevo Código Procesal Civil: un instituto relevante para la composición eficiente, informada y justa de los conflictos. In DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral). JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Coleção grandes temas do Novo CPC*. Direito probatório. v. 5. 2ª ed. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 599-620.

Além disso, deve indicar os fatos sobre os quais recairá a prova, determinando assim a delimitação probatória.

Fala-se ainda na demonstração da utilidade e relevância da prova²⁴¹. Outros autores chamam de interesse justificável na obtenção da prova²⁴².

Não nos parece que deva haver tal limitação no sistema. Falar em demonstração da utilidade da prova é abrir brecha para que hajam impugnações quanto à produção das provas. A não ser que se admita que a mera afirmação de necessidade de documentar fato ou ato sirva de demonstração apta a permitir juízo positivo. De outro lado, acaso isso seja possível, não há então limitação na atividade.

O art. 381, do CPC/15, nos seus três incisos, prevê as hipóteses de admissão da produção antecipada de provas. Ressalte-se que todas as hipóteses têm como ponto comum a máxima de redução das incertezas. Tais hipóteses, contudo, não refletem uma exposição estanque de casos determinados que ensejam a antecipação como se fazia no artigo correlato do CPC/73, mas sim o delineamento de situações nas quais considera que ele seja cabível²⁴³.

Genericamente, podemos pensar em infinitos exemplos de provas que, caso produzidas antecipadamente, podem determinar a conduta dos interessados no sentido de ajuizar ou não uma ação, ou ainda no sentido de buscar meios alternativos de resolução da contenda²⁴⁴.

A prova, de um modo geral, na acepção tradicional, tem que ser relevante para o julgamento da causa. Com relação à prova antecipada, também há que se analisar tal perspectiva, mas não apenas esta. Também há que se fazer certo juízo com relação à relevância da antecipação em si, sempre de acordo com os ditames mínimos do direito de ação e acesso à justiça.

Nesse sentido, sem adentrar na discussão em torno da possibilidade ou não de incidir na espécie a coisa julgada, vale dizer que a prova já produzida pode, a despeito da

²⁴¹ ALVES, André Bruni Vieira. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas no novo CPC). In: FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marcos (Coord.). *Grandes temas do novo CPC – Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 477-478. Tal perspectiva será melhor analisada em subtópico posterior deste trabalho.

²⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. v. 2. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 316.

²⁴³ NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.101. Também buscar nos subtópicos 4.3.4.1 e 4.3.5 do presente trabalho.

²⁴⁴ É o caso da vistoria prévia que poderia ser feita em veículos acidentados, evitando-se a necessidade de futura perícia para quantificação dos danos materiais, por exemplo.

sua regularidade, ser confrontada, na medida do convencimento ou não das partes e juiz acerca de um fato. Assim, caso não seja produção injustificada, garante-se a utilização de diversos meios de prova ou diversas manifestações de um mesmo meio de prova.

Antes de pensar nas hipóteses previstas na lei, temos, contudo, que expor a forma como a doutrina tem entendido o caráter da produção antecipada.

Nelson Nery afirma que o interesse da parte pode justificar o ajuizamento de procedimento de produção antecipada e provas em momento anterior ao da ação principal, quando, então, terá caráter nitidamente preparatório, ou durante o curso da ação de conhecimento, quando a prova poderá ser produzida antes da fase de instrução, acaso justificada a impossibilidade de a parte aguardá-la, ou ainda, a possibilidade de acelerar o processo ou gerar a autocomposição²⁴⁵.

Tal entendimento, contudo, parece não cogitar ou mesmo não aceitar a possibilidade da produção de prova antecipada sem vinculação a uma ação principal ou a um conflito advindo de uma relação material, o que, no nosso entendimento, não faz sentido e seria fator limitador ao espectro de possibilidades em matéria de produção antecipada de provas.

Teríamos uma previsão normativa com permissão mais ampla e interpretaríamos a prova de forma restritiva, o que não faz sentido.

De outro lado, quanto ao tema, temos aqueles que entendem pelo cabimento da PAP inclusive quando não houver interesse ou necessidade de nova ação “principal”, ou mesmo, nas hipóteses em que a prova seja produzida para evitar futura nova demanda²⁴⁶.

A posição que cogita a dispensa da “ação principal” nos parece mais razoável e lógico, haja vista as hipóteses a seguir tratadas. A doutrina recente, posterior ao NCPC, elenca algumas hipóteses de produção antecipada de provas que se encaixam nas justificativas do art. 381. Neste trabalho, tentaremos ir adiante, no sentido de dizer que o rol é exemplificativo e prevendo outros casos.

Aqui, cabe breve digressão acerca da extensão das hipóteses de cabimento ou das possibilidades de utilização da prova antecipada.

²⁴⁵ NERY Jr.; NERY, op. cit., p. 1.105.

²⁴⁶ Fredie Didier, em duas passagens: “A valoração da prova será feita em outro momento; isso se houver necessidade, pois o requerente pode não ajuizar futura demanda.” e “A autonomia do processo de produção antecipada de prova dispensa, inclusive, a propositura de futura demanda com base na prova que se produziu. [...] nesse sentido, a produção antecipada de prova pode servir como freio à propositura de demandas infundadas.” DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 145.

Ordinariamente, a produção de provas em um processo ocorre na fase instrutória de determinado procedimento, seja ele comum ou especial. Este procedimento seria, então, o processo onde se visa debater o direito material conflituoso. Por exemplo: se temos uma situação em que uma pessoa xinga a outra na frente de um grupo de outras pessoas, aquela que foi ofendida, poderá valer-se de um processo para pleitear a reparação civil.

Nesse processo, a fase instrutória trata-se do momento adequado, estabelecido pelo legislador, para propiciar a manifestação das partes e a produção das provas quanto aos fatos alegados pelas partes.

Não se trata de verdadeira obrigação ou de vedação à produção de provas ou juntada de provas em outros momentos, mas sim do lapso procedimental entendido como o correto ou ordinário para a prática de tais atos.

Nesse sentido, destaque-se excetuarem-se a esta regra aquelas provas denominadas pré-constituídas, comumente documentais, e que são apresentadas no processo pelas partes quando das suas manifestações iniciais, ou seja, na petição inicial, pelo autor, e na defesa, por aquele que seja demandado, conforme já debatido.

Também podemos mencionar, quanto ao momento de apresentação, as provas novas, que não serão produzidas, mas sim apresentadas em momento posterior, dado o conhecimento posterior por parte daquele que traz ao processo, ou mesmo aquelas referentes a fatos novos, hipóteses do art. 435.

A reunião da produção e apresentação das provas ao longo do processo demonstra preocupação do legislador de garantir um procedimento oral, caracterizado por reunir a instrução probatória oral em uma audiência; garantir o contato direto do juiz com as partes e demais sujeitos processuais; e vincular o juiz que coletou as provas ao julgamento. Todas estratégias com a finalidade de aprimorar o julgamento do mérito e, por consequência, a melhor solução quanto ao direito material²⁴⁷.

Tal oralidade somente é abandonada quando confrontada com outros propósitos reputados mais valiosos, notadamente a celeridade, economia e a efetividade, por exemplo. É o que se dá com a prova produzida através de cartas, prova emprestada, prova produzida por juízo incompetente, o que levará os atos decisórios – e só eles – à nulidade etc.

²⁴⁷ DIDIER Jr.; BRAGA, op. cit.

Ocorre, contudo, algumas situações que exigem que a produção da prova seja feita em momento anterior à fase instrutória, podendo acontecer de forma incidental ou antecipada (em caráter antecedente).

Fala-se na prova antecipada incidental como aquela que será produzida antes da fase instrutória, pretensamente o momento adequado para que as partes comprovem os fatos alegados. Já no caso da prova antecipada, esta se daria antes mesmo da abertura do processo onde se visa à declaração de um direito.

A prova antecipada produzida em caráter antecedente – ao processo que se visa utilização –, se justifica de diversas formas, sendo este objeto de capítulo específico. A doutrina há muito vem abordando e tentando sistematizar quais as razões que justificariam tal conduta, chegando a alguns pontos de aparente consenso.

Percebe-se, então, que a prova produzida em momento atípico, antecipado, seja incidental ou antecedente, pode se fundar em duas grandes perspectivas: a primeira, da urgência, quando se basear na necessidade de produção para evitar eventual perecimento do direito; e a segunda, sem o requisito da urgência, para justificar a solução do conflito, de um lado; ou o próprio ajuizamento ou freio à propositura de uma ação, de outro.

No caso da prova antecipada pelo requisito da urgência, o CPC/73 já tinha previsão semelhante quando tratava das cautelares de produção de provas. Essa natureza cautelar era reconhecida pois o objetivo central sempre era a aquisição preventiva de dados probatórios, visando evitar a ação do tempo, ou seja, garantir que uma situação futura pudesse ser demonstrada, utilizando-se da urgência.

Acontece que tal hipótese já não existe mais, sendo agora a produção antecipada o mecanismo adequado para produzir aqueles efeitos almejados. “É ação autônoma e genérica, onde o requerente exerce seu direito à produção de determinada prova pela sua coleta, em típico procedimento de jurisdição voluntária”.²⁴⁸

Quando não houver a urgência, grande inovação do código novo em matéria de provas, a produção de prova antecipada é útil para viabilizar o acesso às informações que possam chegar nas duas outras hipóteses de cabimento.

Em outras palavras, permitir a efetiva e prévia produção de provas em determinada ação que esteja em curso ou mesmo em uma que poderá ser ajuizada, é a finalidade da medida.

²⁴⁸ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, op. cit., p. 137.

Nesse sentido, o artigo 381, do CPC/15 trouxe as hipóteses em que a prova antecipada, antecedente a um processo, ou mesmo incidental será admitida. A norma menciona os casos que ensejam a antecipação da prova, ou seja, aquelas situações onde haja interesse processual no requerimento. Seriam eles, quando: a) haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; b) A prova produzida seja susceptível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflitos, e c) o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

Importante destacar aqui, que, por vezes, a PAP poderá ter por fundamento a assumir a impossibilidade ou excessiva dificuldade de sua produção no futuro processo (art. 381, I), momento no qual poderá ser considerada tutela urgente²⁴⁹.

De outro lado, também podemos pensar na PAP motivada por finalidade que não guarde relação com o tempo, ou com qualquer urgência. O art. 381, II e III dão conta destas hipóteses: como elemento facilitador da solução extrajudicial de um litígio e como subsídio para a definição da viabilidade ou não de uma possível ação. Tais hipóteses são bastante largas e poderão fundamentar até mesmo eventual concessão da medida requerida com fundamento no perigo da demora (urgência/tempo), quando o juiz entender que essa não se configurou²⁵⁰.

Genericamente, ainda podemos dividir a produção antecipada em duas; aquelas com caráter contencioso e outras sem caráter contencioso. As primeiras têm único propósito de documentação, ou seja, a parte visa resguardar seus direitos, sem intuito de empregá-lo em processo eventual e futuro. Assim, sendo esta a hipótese, sequer haveria a necessidade de aludir a qualquer pretensão ou litígio, bastando a demonstração do interesse na prova²⁵¹. Tal procedimento limita-se ao pedido, seguido pelo deferimento e pela colheita da prova.

Já a produção com caráter contencioso se dá nos termos do art. 381, conforme analisaremos logo em seguida.

Em geral, caberá a produção antecipada, dentre outras infinitas hipóteses, para instruir Mandado de segurança, municiar a parte de prova nova, seja para ação coletiva

²⁴⁹ TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova*. 2016c. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235462,51045-Producao+antecipada+de+prova/>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

²⁵⁰ TALAMINI, 2016c, op. cit.

²⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. v. 2. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 316.

ou individual; verificação da legitimidade passiva; possibilitar ou mesmo otimizar a conciliação etc.

Entendemos que haverá fungibilidade entre os fundamentos utilizados pelo requerente da medida, dada a aplicação de mais de um fundamento ou aproximação entre os fundamentos no caso concreto²⁵².

4.3.1 Fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação

No primeiro caso, trata-se de medida urgente, com de natureza cautelar²⁵³, ou seja, aquela onde se visa assegurar uma situação processual favorável ou evitar o seu perecimento no processo que poderá ser proposto e onde se debaterá a relação material controvertida. Justifica-se pelo risco de impossibilidade ou de extrema dificuldade de produzir a prova na pendência da ação ou no momento previsto (fase instrutória).

É tradicional situação que justifica a PAP; a perpetuação da memória da coisa, ou a proteção da coisa, frente ao risco de num futuro não poder mais ser produzida.

Evidentemente, nesta hipótese, haverá a necessidade de demonstração do *periculum in mora* como fator justificador do fundamento do requerimento de produção antecipada de prova.

Exemplo muito claro de hipótese em que se enquadra tal previsão é no caso da testemunha em estado terminal ou que esteja com uma longa viagem marcada e que, caso não deponha sobre os fatos sobre os quais tem ciência naquele momento²⁵⁴ – anterior ao processo ou em qualquer tempo antes da fase instrutória –, provavelmente não sobreviverá ou não poderá se fazer presente para dar a sua versão dos fatos numa eventual fase instrutória aberta em momento posterior.²⁵⁵ Também pode ser o caso de perecimento

²⁵² “Há fungibilidade entre os fundamentos da produção antecipada”. (TALAMINI, 2016, op. cit., p. 75.) Cogita o autor a hipótese nos casos em que, uma vez requerida a tutela de urgência (com base no art. 381, I, o juiz, pela fungibilidade, tome como razão os incisos II e III, por entender que não se apresenta a urgência ou não é tão intensa”).

²⁵³ “O requisito da urgência deve ser aferido sumariamente, à luz de indícios e máximas da experiência”. TALAMINI, 2016, op. cit., p. 79-80.

²⁵⁴ Nesses casos, o requerente também poderá valer-se da alternativa trazida pelo art. 449 do CPC, através da qual o juiz designará local, dia e hora específicos para oitiva do sujeito.

²⁵⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ZUFELATO, Camilo. *Processo civil para os concursos de técnico e analista dos tribunais e MPU*. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. TALAMINI, 2016, op. cit., p. 86.

do objeto da perícia; ou mesmo da absorção do dano ambiental pela própria natureza²⁵⁶; cicatrização de dano físico etc.

Aqui, o fundamento muito se assemelha ao da prova emprestada, na hipótese em que esta seria impossível ou muito difícil de ser produzida no processo em que se visa utilizar – até mesmo pelo custo da operação – havendo paralelo inclusive quanto à necessidade de contraditório, conforme veremos nos capítulos que seguem.

Além desses, temos diversos outros exemplos – adiante mencionados –, como no caso do prédio em vias de ruir ou de ser demolido e sob suspeita de defeitos no projeto de engenharia, razão pela qual, caso não seja produzida a prova resguardando eventuais evidências, não será possível comprovar as alegações ou mesmo valer-se daqueles fatos provados para reestruturar o prédio ou mesmo evitar o desmoronamento.²⁵⁷

De modo igual também é o regramento geral ao admitir que a prova emprestada seja utilizada no processo posterior, independentemente da fase em que se encontrar o processo de onde esta foi extraída, podendo até mesmo estar em fase de recurso.

Haja quem afirme a possibilidade de se requerer, com base neste inciso, o pedido de antecipação do depoimento do próprio requerente²⁵⁸.

Nesta hipótese do inciso I, fundamentando o pleito na urgência, a produção poderá dar-se incidentalmente ou de forma antecipada. A opção do procedimento que a parte se vale – se PAP em momento antecedente ou incidental – é negócio jurídico processual unilateral²⁵⁹ produzido pelo autor do processo ao qual se visa ajuizar, ou eventual interessado na produção da prova para outros fins.

4.3.2 Prova suscetível de viabilizar a autocomposição²⁶⁰ ou outro meio adequado de solução de conflito

²⁵⁶ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

²⁵⁷ GAJARDONI; ZUFELATO, op. cit.

²⁵⁸ TALAMINI, Eduardo. Da produção antecipada da prova. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 592. DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. LAUX, Francisco de Mesquita. Relações entre a antecipação da prova sem o requisito da urgência e a construção de soluções autocompositivas. *Revista de processo*. n 242. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril. 2015, p. 455-479.

²⁵⁹ Sobre o tema, ver: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

²⁶⁰ Sobre o tema, ler: 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 dos Tribunais Online*. v. 263/2017, p. 313 – 332, Jan / 2017. Disponível em: <https://www.academia.edu/30912435/O_Procedimento_de_Produção_Antecipada_de_Provas_sem

Na segunda situação prevista, inciso II, do art. 381, o legislador fixou a hipótese da produção antecipada de provas como forma de viabilizar a resolução amigável do conflito, ou seja, trata-se de meio de estímulo à autocomposição²⁶¹. É louvável inovação do NCPC que atesta a possibilidade de nascer interesse na autocomposição com a produção antecipada de uma prova. Ora, se o Estado estimula a resolução dos conflitos de forma alternativa, nada mais natural e razoável que ele mesmo forneça determinadas possibilidades; é o que ocorre com a produção antecipada de prova.

O que parece ter demonstrado o legislador é que o ideal seria evitar mover a máquina estatal de forma mais intensa com a deflagração de um processo ordinário, tendo em conta a complexidade inerente.

O raciocínio é dos mais simples: se posso viabilizar um procedimento célere, de cognição limitada e que tem por objeto apenas a produção de determinada prova, sabendo que tal procedimento poderia evitar um outro maior, com incerteza de resultados que me sejam benéficos, onde, quando menos, haverá fases postulatória, saneadora, instrutória, decisória, recursal e, quem sabe, de execução, nada mais racional do que prever tal hipótese e disciplinar a sua forma.

A informação acessível pela produção antecipada de prova pode estimular a autocomposição por revelar de forma mais clara os acontecimentos ou mesmo as chances de êxito ou não numa eventual demanda futura. Apenas devemos destacar que a produção antecipada de provas prevista nos artigos 381 a 384, do CPC/15 não traz a necessidade de se propor efetivamente uma demanda principal posterior. É justamente a sua natureza autônoma que possibilita tal hipótese²⁶². Ou seja, não é o fato de a lei prever que há vinculação a um processo futuro que torna o direito à prova algo autônomo, mas sim o

Requisito_de_Urgência_no_Novo_CPC_a_Teoria_dos_Jogos_e_a_Impossibilidade_de_Acordos_sem_C
alculabilidade_de_Riscos> Acesso em: 18 jun. 2017.

²⁶¹ É possível a interpretação no sentido de que o código procura combater, com isso, a ideia de que o ajuizamento da ação, ou o exercício tradicional da jurisdição, é algo que presume a inexistência de possibilidade de haver composição ou algo que reconheça a prática tradicional de não haver qualquer tentativa de resolução amigável antes da utilizar a via judicial – o que tem mudado. Contudo, não é uma verdade o que se depreende de uma interpretação superficial, haja vista que o fato de existir um processo em trâmite não impede que haja negociação, conciliação, mediação ou demais meios de resolução dos conflitos, e nem é verdade também que a deflagração de um processo deva significar que as partes não tentaram resolver extrajudicialmente.

²⁶² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*, v. 2, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 192.

contrário. Fato de ser o direito à prova, algo autônomo, é que desobriga o requerente de vincular o exercício de tal direito a uma ação principal e futura, como se cautelar fosse.

Apesar da semelhante natureza – de preservação –, temos dois institutos distintos.

A coerência de tal previsão salta aos olhos. É norma fundamental do código o prestígio à solução consensual. Não são raros os exemplos, a saber, além da hipótese ora tratada, o estímulo nas ações de família, a audiência de conciliação ou mediação, a criação dos centros judiciários de solução de conflitos pelos Tribunais, a tentativa de resolução consensual na audiência de instrução e julgamento, sem falar na previsão clara dos artigos 2º e 3º.

Nesse sentido, se o esclarecimento dos fatos promovido pelo procedimento de produção antecipada puder conduzir à composição de algum modo, evidente a utilização deste meio.

É fundamento onde não se vislumbra a necessidade de demonstração da urgência, podendo ocorrer incidentalmente ou de forma antecipada²⁶³. Não é a natureza do meio de prova que define a hipótese a ser utilizada, mas sim aquele que visa produzir a prova, analisando as circunstâncias e o momento mais adequado.

A produção de prova antecipada para viabilizar a autocomposição é a demonstração de que as partes também são destinatárias da prova, e não apenas o juiz. As provas permitem que as partes formem seu convencimento e desenvolvam suas estratégias e modo de agir ao longo do processo²⁶⁴.

Daniel Amorim Assumpção Neves entende que a abertura contida no dispositivo legal lhe confira amplitude de cabimento quase que ilimitada²⁶⁵. De fato, viabilizar a autocomposição a partir da possibilidade da produção antecipada de uma prova para melhor esclarecimento dos fatos é hipótese que abraça qualquer situação a ser alegada por eventual interessado.

E mais do que isso, a conciliação poderá ser buscada pelo próprio juiz e a qualquer tempo, no processo em que se produz a prova. Tal busca pode se dar antes mesmo do deferimento da prova, ou enquanto se preparam os atos para a sua produção, havendo previsão expressa nesse sentido, conforme art. 3º, §2º, do CPC. Exemplo disso é a atuação

²⁶³ DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 158.

²⁶⁴ DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, op. cit., p. 140.

²⁶⁵ NEVES, Daniel Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1460.

do MP ainda na fase do inquérito civil, momento de investigação e pré-constituição da prova²⁶⁶.

4.3.3 O prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação

Falar em prévio conhecimento dos fatos, é falar da possibilidade de prévio esclarecimento dos elementos suficientes para conhecer e retratar com a máxima precisão o suporte fático sobre o qual versará o futuro processo²⁶⁷.

Na última hipótese tratada no inciso III, do art. 381, do CPC/15, a prova antecipada será requerida sempre que puder justificar ou evitar o ajuizamento de uma ação²⁶⁸. Também é evidente valorização da noção de que a prova tem como destinatárias as partes.

A abertura da previsão ora estudada é de grandeza incalculável. A expressão “justificar a propositura de demanda” demonstra, em contexto mais amplo, a viabilidade de propositura de ação para melhor conhecimento dos fatos, de modo a possibilitar requerimento em face de terceiro, que possivelmente nem virá a ser parte na demanda voltada à declaração do direito. Nesses casos, não havendo plena convicção quanto a quem deva ocupar os polos da demanda, permite-se que tal informação seja obtida mediante consulta a terceiros. É possibilidade de que se assemelha à ordem de revelação contra terceiros do direito inglês.²⁶⁹

Mesmo com a produção antecipada de prova sendo tratada como cautelar pelo CPC/1973, o que já não ocorre no NCPC, processualistas já defendiam seu cabimento como maneira de preparar a ação principal, e decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) também a admitem para tal finalidade, independentemente do risco de lesão em razão do tempo²⁷⁰.

²⁶⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. Da produção antecipada da prova. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Org.). *Breves comentários do código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.033.

²⁶⁷ THEODORO, 2016, op. cit., p. 932.

²⁶⁸ Nesse sentido, Enunciado FPPC n.º 602. (arts. 966, VII; 381, III) “A prova nova apta a embasar ação rescisória pode ser produzida ou documentada por meio do procedimento de produção antecipada de provas”.

²⁶⁹ LAUX; RODRIGUES, op. cit.

²⁷⁰ STJ, 6.ª Turma, RMS 11.738/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 31.10.2007, DJ 26.11.2007, p. 246.

Numa primeira leitura, pode haver o entendimento de que as hipóteses previstas nos incisos II e III se confundem em certa medida, levando-se em conta que a existência de acordo pode, em grande parte das vezes, conduzir ao não ajuizamento de uma demanda. Não é algo que seja condenável, embora, em análise mais profunda não guarde perfeita coerência.

Isto porque, em verdade, o substrato que embasa todas as hipóteses é o mesmo: gerar uma situação de maior certeza acerca dos fatos. Contudo, o aspecto prático não é o mesmo, sendo, na hipótese do inciso III, apenas o afastamento de um potencial processo em razão da maior ou menor chance de êxito neste e, na segunda hipótese, já analisada, a possibilidade de autocomposição a qualquer tempo, ou seja, na existência ou não de uma ação. A demonstração de em qual enquadramento a parte pretende se encaixar é fator determinante aqui, a despeito de poder haver fungibilidade entre os fundamentos da PAP.

Na hipótese que prevê justificar ou evitar o ajuizamento de uma ação, a prova sempre será antecedente, por óbvio.

Viabilizar o entendimento entre as partes ou formar melhor convencimento sobre a necessidade ou não de ajuizar uma ação judicial são coisas absolutamente distintas. Contudo, afirmamos que as hipóteses podem se confundir em certa medida e, de fato, quanto à determinados reflexos, isso pode ocorrer.

Isto porque a consequência de uma conciliação e de uma desistência do ajuizamento de uma ação judicial, por exemplo, pode ser a mesma, se vista da perspectiva da inexistência de um processo principal. É claro que a conciliação presume que as partes, no mais das vezes, cedem parte do seu direito em relação ao outro, chegando a um consenso, enquanto que a desistência de ajuizamento da ação significa que a parte não tem interesse em buscar uma tutela jurisdicional naquele momento. Mas o efeito será o mesmo para todos os fins, nessa estrita perspectiva.

Portanto, neste aspecto, pouco importa qual será a consequência do interesse na produção da prova antecipada, pois os efeitos podem ser os mais diversos.

Uma parte pode requerer a prova antecipada em caráter antecedente com o fundamento de viabilizar uma autocomposição, contudo, após a produção da prova pode entender que aquela demanda que antes parecia absolutamente viável, não é, sendo motivada, então, a desistir do acordo e da ação.

O inciso III também não carece do requisito da urgência, mas não autoriza a utilização de forma incidental, pois a forma incidental de produção de prova pressupõe a existência da ação “principal” onde se visa a declaração de um direito.

A produção de prova antecipada nestes termos do inciso III se prestará a indicar se vale a pena ajuizar uma ação ou não²⁷¹, e mais do que isso, poderá determinar, ainda, contra quem a ação deverá ser ajuizada, sem prejuízo da presença daqueles que possam ficar de fora do futuro processo, situação esta que será debatida neste trabalho em momento oportuno.

Imagine-se, aqui, por exemplo, que um veículo apresente defeitos de fábrica, mas que não apresente risco à vida do proprietário. Nesse caso, a parte interessada poderá produzir prova antecipadamente e, a depender do resultado da perícia, decidir se ajuizará ação e contra quem o fará, dependendo da revelação do culpado pelos defeitos, se a concessionária, a montadora ou terceiros. De outro lado, ainda como exemplo, não raras as vezes, o titular de uma patente de invenção não está absolutamente certo da violação de sua carta-patente, bem como aquele que se aventura na Justiça Federal para tentar anular uma patente concedida pelo INPI, igualmente não tem plena convicção de que aquele título não possui os requisitos²⁷² exigidos pela Lei da Propriedade Industrial para sua existência²⁷³, assim, a PAP pode ser alternativa legal para a correta apuração das circunstâncias, de modo a motivar ou esfriar o desejo de mover uma ação. Também é um bom exemplo o da perícia grafotécnica antecipada que possa demonstrar a falsidade de uma assinatura num instrumento de confissão de dívida. O autor do pedido poderia

²⁷¹ Há quem diga que a hipótese de utilização da prova antecipada que enseje o desestímulo ou estímulo ao ajuizamento de uma ação poderia ter caráter preventivo, ou seja, preveniria ação futura. ALVES, André Bruni Vieira. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência. In: *Coleção grandes temas do NCPC: Direito probatório*, v. 5., 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 558. Se pensarmos pela perspectiva do requerente, parece haver um equívoco em tal noção. Isso porque a busca pela prevenção de uma ação seria justamente entendimento oposto ao quanto enunciado pelo dispositivo (art. 381, III) que prevê unicamente “justificar ou evitar o ajuizamento de ação”. Se, contudo, “evitar” puder ser conduta comissiva de qualquer interessado, estaríamos aceitando a produção antecipada de prova a partir da mera probabilidade de ajuizamento de ações. Ver subtópico sobre ônus probatório na produção antecipada de prova.

²⁷² Grosso modo, seriam requisitos a novidade; a atividade inventiva e aplicação industrial nos casos de patente de invenção ou ato inventivo, bem como a novidade e aplicação industrial nas hipóteses de modelo industrial.

²⁷³ LEME, Fabio. Novo CPC traz vantagens para a ação de produção antecipada da prova. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-21/fabio-leme-acao-producao-antecipada-prova-cpc/>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

tranquilamente evitar a possibilidade de vir a ser réu, enquanto não haja urgência na prova, pois não havia perspectiva de ajuizamento de ação²⁷⁴.

A hipótese “III”, do artigo 381 não deveria falar em prévio conhecimento dos fatos, mas sim, no prévio conhecimento de uma situação de desvantagem processual, ou no prévio conhecimento da comprovação quanto à alegação de uma das partes.

O prévio conhecimento dos fatos todos os envolvidos naturalmente têm, em tese, uma vez que participaram da relação material, ainda que em versões naturalmente – e pela sua própria natureza – conflitantes. No entanto, é possível que nesses casos nem sempre haja precisão a respeito dos fatos que deverão ser objeto das provas produzidas antecipadamente. Assim, haveria permissivo para que bastasse à parte requerente a indicação da situação fática que se busca esclarecer com a produção probatória²⁷⁵.

4.3.4 Outras hipóteses do art. 381

Os parágrafos 1º e 5º do art. 381 ainda trazem duas outras hipóteses de utilização da produção antecipada de provas. Seriam elas nos casos do *arrolamento de bens*²⁷⁶, quando tiver por finalidade apenas a realização de documentação e não a prática de atos de apreensão; e no caso da *justificação*, daquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter contencioso, possibilidade na qual exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção. Estudaremos tais hipóteses em subtópico apartado.

Yarshell defende que, tendo em vista que o fundamento do direito à antecipação da prova tem fundamento na garantia da ação, a atipicidade estaria presente também com relação à justificação e ao arrolamento, funcionando como espécie de “cobertura geral”,

²⁷⁴ SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Da produção antecipada de prova. In: NUNES, Dierle; STRECK, Lênio Luiz; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 569-574.

²⁷⁵ NEVES, 2016, op. cit., p. 1465.

²⁷⁶ Nas palavras de Paulo Osternack, “O arrolamento de bens é cabível quando se pretende obter informações acerca de uma universalidade. Investigam-se fatos relacionados aos bens que se pretende arrolar. As regras inerentes à antecipação de prova serão aplicáveis ao arrolamento quando tiver apenas finalidade de documentação, e não a prática de atos de apreensão (CPC/15, art. 381, § 1º).” (AMARAL, Paulo Osternack. *Produção antecipada de prova no Novo CPC*, 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI226528,41046Producao+antecipada+de+prova+no+novo+CPC>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

de modo que se chegue a dispensar medidas probatórias típicas²⁷⁷. Isso significa, em outras palavras, que “as disposições em matéria de produção probatória autônoma, podem e devem ser entendidas como regulamentadoras de temas em matéria de processo, inclusive como forma de adequar as peculiaridades dos casos concretos (provas a serem produzidas) e da situação de direito material a qual está relacionada a produção”.

Somente entendendo nessa perspectiva é que se pode pensar em diferentes ações probatórias autônomas²⁷⁸, mesmo que o posicionamento das mesmas se encontre colocado no código de forma diferenciada. Parece lógico e é, mas trata-se de obviedade que tem que ser afirmada.

A primeira utilidade do arrolamento – ao menos na sistemática do código de 73, é situação em que se busca apenas determinada informação sobre bens que componham uma universalidade, por exemplo.²⁷⁹ Não se busca qualquer medida constritiva/cautelar, mas apenas o arrolamento de bens com finalidade probatória, sem caráter cautelar²⁸⁰. Este procedimento também pode enquadrar-se no fundamento do art. 381, I. Nesse caso, contudo, se houvesse interesse na apreensão dos bens ou limitação de sua disponibilidade, o requerimento deveria ser feito através de tutela provisória cautelar²⁸¹.

Assim, o objetivo pode ser mera pré-constituição de prova ou a documentação seguida de apreensão. Assim, reside neste procedimento uma típica atividade de investigação e de descoberta de fatos, ao menos quanto aos bens que se pretende arrolar²⁸². Busca-se superar o desconhecimento quanto aos bens que componham uma certa universalidade.

No primeiro caso, sempre que houver fundado receio de extravio ou dissipação de bens e não houver intenção de atos de apreensão, o procedimento de arrolamento, consistente na certificação de bens e atribuição de valor, correrá conforme a produção antecipada de provas.

²⁷⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. Da produção antecipada da prova. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Org.). *Breves comentários do código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.029.

²⁷⁸ YARSHELL, 2016, op. cit., p. 1.029.

²⁷⁹ Uma biblioteca, bens de uma propriedade rural, bens do espólio, bens de um condomínio, etc.

²⁸⁰ DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, op. cit.

²⁸¹ TALAMINI, 2016, op. cit., p. 81.

²⁸² Trata-se da nota distintiva entre o arrolamento e o sequestro; no último busca-se a apreensão de bens já previamente especificados. O trabalho objeto do arrolamento é, portanto, mais amplo, e pode envolver dois momentos distintos, o que não o desnatura, a despeito de poder significar procedimento diferente: art. 381 e ss. ou art. 300 e ss., do CPC.

É hipótese que, na sistemática anterior seria remota, tendo em conta que o arrolamento, no mais das vezes, se relacionava com situação que envolvia urgência e necessidade de proteção e conservação de bens, haja vista ser tipificada como cautelar típica/nominada (art. 855 e ss. do CPC/73).

Em segundo plano, exemplo da previsão contida no parágrafo 5º (justificação) é aquela do cidadão honesto e cumpridor dos seus deveres, que, num lapso de vontade decide comprovar a sua idoneidade financeira para se resguardar genericamente de qualquer alegação em sentido contrário.²⁸³ A despeito da peculiaridade envolvida, bem como da fragilidade da prova, entendemos plenamente viável.

A justificação não se concentra na produção de uma prova apenas, mas na reunião de um conjunto probatório que lhe permita justificar determinada posição jurídica, conferindo-lhe plausibilidade²⁸⁴. Exemplos de utilização da medida são para justificar a existência de união estável, ou mesmo para justificar a autoria de obra intelectual criada sob regime de anonimato.

Nessa hipótese, o legislador estabeleceu que não poderá haver, pelo menos em primeira análise, caráter contencioso. Pode-se dizer que se trata de jurisdição voluntária de justificação judicial, com a utilidade revelada simplesmente na documentação judicial da prova oral, a fim de servir de prova escrita em instâncias administrativas ou judiciais. No primeiro caso, junto ao INSS, por exemplo, e, no segundo, como justificação de óbito para fins de obtenção do respectivo assento, em casos de eventos trágicos, acidentes ou catástrofes, onde sequer foi possível se encontrar o cadáver ou mesmo foi possível a recuperação dos restos mortais²⁸⁵. Estudaremos a questão da justificação em momento posterior deste trabalho.

Contudo, além dessas situações já descritas, pode-se pensar na aplicação quanto a outras utilidades da prova antecipada, como, por exemplo, para viabilizar a admissibilidade de uma demanda, quando se visa permitir a formulação de um pedido líquido, mediante quantificação em perícia antecipada²⁸⁶; ou preparar lastro probatório de

²⁸³ DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, op. cit.

²⁸⁴ TALAMINI, 2015, op. cit., p. 592.

²⁸⁵ Nesse sentido, GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ZUFELATO, Camilo. *Processo civil para os concursos de técnico e analista dos tribunais e MPU*. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

²⁸⁶ NEVES, Daniel Assumpção. *Ações Probatórias Autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 3.

futura tutela provisória, nos termos do art. 300, §2º, do CPC²⁸⁷; ou ainda como meio de efetivação do princípio da precaução e seus mecanismos de efetivação, nos processos ambientais²⁸⁸; para definir previamente a legitimidade para ser parte da causa, evitando litisconsórcio alternativo; facilitar ou viabilizar o emprego de meios alternativos de solução de conflitos; a formação de pedido líquido; dentre outras.

A análise do caráter contencioso revela um lado delicado da aplicação do instituto estudado. Primeiro porque tal constatação passará, necessária e tão somente pelas alegações do interessado. Ou seja, mesmo tendo este o intuito de valer-se daquilo em um potencial ou existente conflito (caráter contencioso), não havendo afirmação de tal fato, jamais poderá o juízo negar a produção da prova ou negar a aplicação da hipótese prevista no parágrafo 5º.

Afirmamos, então, que tal análise nos parece bastante objetiva. De outro lado, acaso não haja vinculação da produção da prova a nenhuma outra pessoa (adverso ou simples interessado), a prova poderá não se tornar legítima para utilização em eventual conflito futuro, eis que nos parece óbvia a obrigatoriedade da participação de todos os interessados na produção daquela prova, sob pena de ser esta, contra aquele, inutilizável.

Nesse aspecto, até contra os terceiros eventualmente prejudicáveis, haveria a necessidade de intimação.

Tal confirmação afastaria então a eventual má-fé do autor da produção antecipada, no sentido de saber que, em afastando os interessados em um potencial conflito, estaria invalidando aquele trabalho de produção. Nos parece que sim.

Questão delicada é a do título judicial. O título judicial não é apto a fundamentar dispensa de produção antecipada de prova. O título não funciona como prova do direito, mas sim como elemento que garante certa probabilidade da existência de um direito. A partir de tal conclusão lógica, pensar na possibilidade de, tanto para o credor quanto para o devedor – no mais das vezes – produzir uma prova de forma antecipada, seja para assegurar de forma cabal o direito de credor, ou para evitar a responsabilidade patrimonial do título.

²⁸⁷ DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, op. cit.

²⁸⁸ “Em algumas situações, os legitimados a tutelar o meio ambiente judicialmente não têm certeza quanto à existência e à dimensão do risco para propor demanda judicial para pleitear, por exemplo, a realização do estudo de impacto ambiental ou a cassação da licença ambiental. Nessas hipóteses, a ação probatória autônoma seria indispensável para se conhecer o risco e avaliar a necessidade da propositura de futura demanda”. ALMEIDA, Úrsula Ribeiro de. *Tutela de urgência no direito ambiental: instrumento de efetivação do princípio da precaução*. 2014. 242f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

Ademais, a formação e execução do título se dão comumente de forma engessada. Hoje temos um título estanque e, posteriormente, a efetivação do que ali está dito. Essa realidade (estado de fatos) pode ser alterada e isso deve estar previsto, sob pena de partir de uma premissa falsa, garantindo àquele que pode não mais ter – ou jamais ter tido – o direito.

Nesse sentido, difícil cogitar qual seria a eficácia de uma prova produzida em PAP acaso a realidade fática fosse alterada. Pode ser que a prova já não mais revele a verdade de determinada proposição. O comprometimento da prova em relação à qualquer pretensão que queira exercer uma parte interessada no processo principal pode ser algo difícil de se constatar, ou mesmo de se provar. Veremos algo a mais quanto ao tema quando tratarmos da inspeção judicial.

4.3.4.1 O art. 381 e seu caráter não exaustivo

O art. 381 não exaure as possibilidades de manifestação do direito autônomo à prova. Além das hipóteses expressas no mencionado artigo, já vistas, o código ainda prevê a possibilidade de produção de prova antecipada para documentar prova oral, de modo a viabilizar o manejo de ação monitória com base nos elementos orais transcritos, na forma do art. 700, §1^{o289}.

A previsão se justifica na medida em que o próprio código exige a forma escrita para a comprovação do direito a ser efetivado através do procedimento especial de ação monitória. Deste modo, não havendo cabimento da produção de prova oral sem que se ordinarize o procedimento, pode valer-se o interessado na produção antecipada, com a finalidade de apresentar a demanda com substrato mais denso, potencializando o adequado procedimento.

Nesse sentido, a prova antecipada parece ter maior força, pois a sua produção poderá significar grande passo ou grande probabilidade de êxito nestes tipos de demanda em que a prova escrita é necessária e, por vezes, único meio de provar²⁹⁰.

²⁸⁹ Art. 700. A ação monitória pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ter direito de exigir do devedor capaz:

(...)

§ 1º A prova escrita pode consistir em prova oral documentada, produzida antecipadamente nos termos do art. 381.

²⁹⁰ Sobre o tema, ler: TALAMINI, 2014, op. cit.

Arrematando a exposição neste tocante, vale dizer, de forma ampla, que, qualquer que seja a hipótese, pelo risco de se perderem os elementos suficientes à comprovação da existência de fatos que sejam imprescindíveis ao deslinde da relação controvertida ou ainda pelo caráter preventivo do litígio, certo é que a produção antecipada de prova tem caráter de economia processual.

A produção antecipada de provas sem o requisito da urgência é um dos fatores que justificam a existência de um direito autônomo à prova, desvinculado da existência ou não de eventual direito material.

Destaque-se que, a despeito de não haver previsão expressa no código, a prova produzida antecipadamente em caráter incidental pode ser requerida. Tal possibilidade se reveste da fundamentação na urgência, em situações emergenciais. A permissão de produção de atos com fundamento na urgência trata-se, inclusive, de previsão de todo o sistema, e aplica-se não apenas quanto à prova antecipada, mas também como exceção para a regra geral da competência ou da prática de determinados atos, por exemplo²⁹¹.

Entendemos poder haver uma regra geral que regule a prova antecipada em outros procedimentos. Daí ver-se a prova sob duas perspectivas: uma primeira perspectiva quanto ao momento e possibilidade da produção; e uma segunda, quanto à sua utilização num futuro processo.

Quanto ao momento da produção, podemos afirmar com tranquilidade que, haverá a possibilidade de produzir-se a prova de forma antecipada, incidentalmente ou mesmo de forma antecedente, acaso as disposições atinentes a cada procedimento permitam determinado meio de prova. Exemplo poderia ser o dos juizados especiais estaduais. Pelo regramento da lei 9.099/95, qualquer prova poderia, em tese, ser produzida, havendo liberdade para que o julgador determinasse aquelas pertinentes e dispensasse as demais (vide arts.5º e 32º da referida lei).

A única limitação aparente na lei é a do art. 33, que dispõe que “todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento [...]”. Tal previsão dá a entender, em interpretação literal, que não haveria possibilidade de se produzir outras provas que não aquelas orais em sede de AIJ, salvo as documentais previamente adunadas aos autos quando da primeira manifestação das partes, por óbvio.

²⁹¹ Exemplos nesse sentido não faltam no CPC: nomeação de curador provisório (art. 749, §único; execução de medida de urgência advinda de decisão estrangeira (art.962, §2º); as próprias tutelas de urgência (art. 214, II), dentre outras medidas.

Por isso e, em função de garantir uma suposta efetividade, eficácia e celeridade processuais que se coadunariam com os princípios do sistema de juizados, acaba por se inviabilizar a produção de provas mais complexas, e especial a pericial²⁹².

Assim, visto isso, é de se constatar que a produção de prova, ainda que antecipada, nos juizados, somente poderia ocorrer acaso respeitadas as hipóteses de produção de prova, quanto aos meios probatórios, que pudessem ocorrer se seguido o procedimento “ordinário” do rito.

De forma simples: se num processo comum que tramita nos juizados não é admissível a produção de prova pericial, também não se poderá requerer a produção de prova pericial pelo rito dos arts. 381 a 384, do CPC nos juizados. Contudo, sendo a produção da prova admitida no processo de conhecimento dos juizados, *verbi gratia*, a prova testemunhal, poderá então ser antecipada, valendo-se o requerente do rito probatório diferenciado previsto no CPC.

O sentido da produção da prova antecipada nos juizados poderia ser a possibilidade de dispensa de representação por advogado, por exemplo. Também poderia o autor optar pela produção nos juizados, tendo em vista a gratuidade prevista para este procedimento.

Nesse sentido, entendemos não haver óbice ao deferimento da gratuidade da justiça na produção antecipada de prova. No entanto, nos juizados, tal requerimento sequer seria feito, enquanto que na justiça comum, por exemplo, ficaria a cargo do juiz e poderia ser requerida a qualquer tempo²⁹³.

É plenamente viável a incidência da gratuidade da justiça em sede de PAP²⁹⁴.

De outro lado, pela segunda perspectiva, pensamos que, quanto à sua utilização, qualquer prova antecipadamente produzida e que ingresse como prova emprestada em outros autos, terá a sua validade e eficácia condicionada às normas atinentes à prova

²⁹² Nesse sentido, Enunciado FONAJE n. 11 – As causas de maior complexidade probatória, por imporem dificuldades para assegurar o contraditório e a ampla defesa, afastam a competência do Juizado da Fazenda Pública (XXXII Encontro – Armação de Búzios/RJ); Enunciado FONAJE n. 12 – Na hipótese de realização de exame técnico previsto no art. 10 da Lei 12.153/09, em persistindo dúvida técnica, poderá o juiz extinguir o processo pela complexidade da causa (XXXVIII Encontro – Belo Horizonte-MG); Enunciado FONAJE n. 70 – As ações nas quais se discute a ilegalidade de juros não são complexas para o fim de fixação da competência dos Juizados Especiais, exceto quando exigirem perícia contábil (nova redação – XXX Encontro – São Paulo/SP); Enunciado FONAJE n. 94 – É cabível, em Juizados Especiais Cíveis, a propositura de ação de revisão do contrato, inclusive quando o autor pretenda o parcelamento de dívida, observado o valor de alçada, exceto quando exigir perícia contábil (nova redação – XXX FONAJE – São Paulo/SP).

²⁹³ Assim como revogada a qualquer tempo, acaso ficasse comprovada nos autos a alteração substancial na vida financeira do interessado que estivesse gozando dos benefícios da AJG.

²⁹⁴ TALAMINI, 2016, op. cit., p. 98.

emprestada, ou seja, respeito ao contraditório, valoração independente etc. Nada impede que uma prova produzida antecipadamente em sede de juizados ingresse num processo que tramite pela justiça comum e vice-versa.

Pode ser estratégia importantíssima para a utilização em procedimentos sumários ou sumaríssimos, nos quais não se permite a livre produção de qualquer prova, a exemplo dos juizados estaduais, onde comumente a produção de uma prova mais “complexa” não se coadunaria com o procedimento. Contudo, a legislação, nestes casos, versa sobre a produção da prova em sede de juizado e não sobre a sua utilização. Em outras palavras, há impedimento quanto à produção de uma prova pericial nos juizados, por exemplo, mas não há nenhum óbice quanto à utilização de uma perícia já regularmente produzida e homologada em juízo, independentemente de qual juízo seja.

Também é o caso da produção antecipada da prova para que a mesa ingresse em outros autos como prova escrita, haja vista que o procedimento ali utilizado somente admite prova escrita²⁹⁵. É hipótese de pré-constituição da prova. Também poderá ocorrer para produção de prova apta a instruir mandado de segurança ou mesmo tutela de evidência (art. 311, II e IV, do CPC).

A prova é exigida na forma escrita nestes procedimentos para garantir a sumariedade procedimental, garantindo efetividade a partir da exigência de maior certeza, condicionada à prova que apresente maior verossimilhança. A tradição social impõe tal constatação de que as provas escritas têm mais valor em dadas circunstâncias, ainda mais quando acompanhadas de homologação judicial ou quando forem documento públicos.

Em alguns casos semelhantes, tal concepção chega a tal ponto que o legislador “tarifa” determinadas provas como únicos meios de se aferir direitos à luz de casos concretos, excluindo-se os demais meios probatórios²⁹⁶.

4.3.4.2 Inquérito civil e produção antecipada de prova

Outro aspecto importante é a aproximação entre a PAP e o inquérito civil, embora com evidentes ressalvas quanto à sua natureza dos procedimentos. O inquérito civil precede o ajuizamento das ações coletivas e é procedimento administrativo. Trata-se de

²⁹⁵ TALAMINI, 2016, op. cit.

²⁹⁶ Talamini cita o exemplo do art. 55, §3º, da lei 8.213/1991, “hipótese em que a pré-constituição da prova oral não é suficiente para torna-la admissível como início de prova escrita para comprovação de tempo de serviço para fins de aposentadoria. TALAMINI, 2016, op. cit., p. 82-83.

produção de um conjunto de provas extrajudicial, valoradas pelo órgão judicial quando do julgamento da ação coletiva. Aqui os institutos se aproximam, haja vista a sistemática de valoração adotada pelo NCPC em matéria de prova antecipada²⁹⁷.

O CPC/15 positivou o direito autônomo à prova, contudo, o sistema precedente já conhecia medidas probatórias com tal natureza, a exemplo do inquérito civil, meio investigativo do MP, desvinculado do perigo da demora, embora sempre sujeito ao controle jurisdicional²⁹⁸.

Também se aproximam na medida em que são facultativos e se prestam, em grande medida, a coligir provas e outros meios de convicção, com vistas a uma posição vantajosa em procedimento judicial futuro²⁹⁹.

A participação do juiz, ou a necessidade de participação do juiz para que seja viável a utilização de provas em juízo é um equívoco em certa medida, sendo, por certo, muito mais importante que se resguardem outros aspectos, como o contraditório, por exemplo³⁰⁰.

É possível, portanto, haver comparação entre o inquérito civil, que produz um conjunto de provas, e a prova antecipada, que auxilia como hipótese de investigação para definição se o requerente ajuizará ou não uma ação, ou mesmo se é possível conciliar. A diferença é que a produção antecipada de prova é judicial.

Na hipótese de conciliação, também se aproxima os institutos, sendo que no processo coletivo fundado em inquérito civil é comum que seja realizado um Termo de ajustamento de conduta (TAC), e na prova antecipada, dentre outras possibilidades, pode-se falar em uma espécie de “interpelação”.

Também é importante destacar que o inciso III, do art. 381 aproxima do nosso sistema o chamado *discovery*, que é a pesquisa probatória anterior ao ajuizamento da ação, resultando numa espécie de fase pré-processual (*pre-trial*), de modo a permitir que se revelem os fatos mais relevantes da demanda antes mesmo do seu ajuizamento.

²⁹⁷ NEVES, Daniel Assumpção. O inquérito como uma cautelar preparatória probatória sui generis. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 22.

²⁹⁸ YARSHELL, 2016, op. cit., p. 1.027.

²⁹⁹ Nesse sentido, o Enunciado FPPC n.º 633. (art. 381). “Admite-se a produção antecipada de prova proposta pelos legitimados ao ajuizamento das ações coletivas, inclusive para facilitar a autocomposição ou permitir a decisão sobre o ajuizamento ou não da demanda. (Grupo: Impacto do novo CPC e os processos coletivos)”.

³⁰⁰ Também há quem defenda que a propositura de ação fundada em lastro probatório produzido em inquérito civil, desenvolvido sem contraditório, seria inadmissível, devendo assim ensejar a extinção da ação coletiva sem resolução do mérito. TUCCI, Rogério Lauria. *Ação civil pública: falta de legitimidade e de interesse do Ministério Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 83-84.

É uma possibilidade disponível mesmo para aqueles que não possuem a prerrogativa investigativa do MP, ou seja, aqueles que não podem se valer de um inquérito civil. Trata-se de verdadeira possibilidade de autorização judicial concedida aos colegitimados para requerer a produção de provas com o fim de analisar o cabimento da ação coletiva.

Trata-se da análise do sistema como um todo, de modo a se constatar que sem o lastro probatório mínimo para viabilizar ação coletiva será forjado num inquérito civil, ou mesmo a partir da conduta administrativa do MP, sendo possível que os interessados atuem direta e decisivamente.

As provas produzidas para inserção em futura ação coletiva, portanto, podem ser produzidas judicial ou extrajudicialmente.

Noutro sentido, dada a possibilidade de simultaneidade entre procedimento investigatórios, bem como que desses resultem provas, é que se pensa na possibilidade da prova emprestada entre os procedimentos. Pode-se pensar, por exemplo, na utilização de uma prova produzida num inquérito policial, em inquérito civil que investigue, dentro de seu objeto, o mesmo fato³⁰¹. O STJ tem posicionamento favorável, desde que haja respeito ao contraditório³⁰².

Certo é, então, que, com relação ao processo coletivo, tal permissivo também se aplica³⁰³. A utilização da PAP como instrumento de estímulo à autocomposição é algo que seguramente a insere no contexto na justiça multiportas³⁰⁴, como sendo meio adequado de solução de conflitos.

³⁰¹ DIDIER Jr., Fredie; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil*. v. 4. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 255-256.

³⁰² “Essa corte tem firme entendimento de que é possível a utilização de provas emprestadas de inquérito policial e processo criminal na construção de processo disciplinar, desde que assegurado o contraditório e a ampla defesa como ocorrido nos autos. Nesse sentido, confirmam-se: MS 16.122/DF, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, Dje de 24/5/2011. MS 15.825/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, Primeira Seção, Dje 18/05/2011; MS 17.534/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, Dje 20/03/2014; e 14.501/DF, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, Terceira Seção, Dje 08/04/2014.” (MS 15.907/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 14/05/2014, Dje 20/05/2014).

³⁰³ DIDIER Jr.; ZANETI Jr., op. cit., p. 255-256.

³⁰⁴ DIDIER JR, Fredie. Justiça Multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em Direitos Coletivos. ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Coord.). *Justiça Multiportas*. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 36.

A receita Federal deve compartilhar as provas por ela obtidas com o MP, que, por sua vez, também poderá requerer judicialmente a quebra do sigilo bancário e fiscal para o fim de instruir inquérito³⁰⁵.

Entendemos que seja possível e até recomendável. E não vislumbramos a limitação à atuação do MP ou mesmo repartições públicas. Pensamos que neste aspecto a cooperação pode ser ilimitada.

4.3.4.3 Arbitragem e produção antecipada de prova³⁰⁶

Assim como em outros procedimentos previstos em legislação extravagante, a prova antecipada poderá ser utilizada no procedimento arbitral, seja como prova produzida judicialmente e inserida como documento³⁰⁷ ou mesmo nos casos em que a prova será produzida na arbitragem.

Vale, antes de abordar os aspectos mencionados, destacar que, havendo consenso dos envolvidos quanto à produção antecipada antes do juízo arbitral ser plenamente instituído, a prova poderá ser colhida por pessoa ou órgão a quem será atribuída qualidade de árbitro mais adiante. Acaso se confirme a instituição da arbitragem, firma-se a correspondência em relação à prova produzida. Contudo, acaso não haja instauração da arbitragem em momento posterior, tem-se que houve arbitragem apenas em fase prévia, com único objetivo de produzir a prova. Assim, caberá ao órgão que vier a promover o julgamento valorar aquela prova já produzida³⁰⁸.

³⁰⁵ Art. 1º, §4º da Lei Complementar 105/2001: Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados. (...). §4º § 4o A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: I – de terrorismo; II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção; IV – de extorsão mediante sequestro; V – contra o sistema financeiro nacional; VI – contra a Administração Pública; VII – contra a ordem tributária e a previdência social; VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores; IX – praticado por organização criminosa.

³⁰⁶ Sobre o tema, ler YARSHELL, Flávio Luiz. Brevíssimas notas a respeito da produção antecipada da prova na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 14, p. 52-56. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

³⁰⁷ Em sentido contrário, entende Humberto Theodoro que “a coleta de depoimentos ou a realização de laudos periciais em procedimentos antecipatórios não mudam a natureza da prova realmente feita, transformando-as em prova documental. THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57ª ed. V. 1, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 937. E aprofunda, citando Sergio Fadel: “O valor, portanto, de um e de outro, é valor de prova oral e de prova pericial. Nunca, de documental!” (FADEL, Sérgio Sahione. *Código de processo civil comentado*. V. IV. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1974. p. 271.)

³⁰⁸ YARSHELL, 2007, op. cit.

Após essa breve digressão, falaremos primeiro do caso em que a produção antecipada da prova se dará em sede de juízo arbitral. Trata-se da hipótese em que as partes convencionam o emprego de um procedimento urgente, também chamado pré-arbitral, em outras palavras, uma arbitragem de urgência. Nesta circunstância, a prova antecipada será objeto de produção no juízo arbitral³⁰⁹.

Também é plausível quando a situação demandar que o juiz estatal, antes de iniciado o procedimento arbitral garantido por convenção arbitral, adote as medidas urgentes relativas ao conflito³¹⁰. Essa é a regra na prática. É sabido que tal pleito somente poderia ser dirigido ao árbitro acaso já efetivamente instaurado o procedimento arbitral³¹¹, pois antes desse momento não há órgão para o qual possa haver requerimento.

A outra hipótese, de utilização da prova antecipada judicialmente produzida, ocorrerá quando a situação não envolver urgência. Aqui, neste tocante, caberia a discussão quanto à se a parte deveria ou poderia se valer do juízo arbitral, ou, não sendo o caso, deveria recorrer juízo estatal³¹².

A saída se dá pela previsão de que, via de regra, as medidas probatórias autônomas ligada à questão acobertada pela arbitragem estariam abrangidas pela convenção pactuada, de modo que a medida eventualmente pleiteada somente poderia ser concedida pelo árbitro ou Tribunal Arbitral. Logo, não havendo urgência, a produção antecipada para fins não cautelares se daria em procedimento arbitral específico. Contudo, acaso a convenção arbitral não traga previsão neste sentido e, dadas alguns outros fatores, é possível que se produza a prova antecipada judicialmente para posterior utilização, garantida sua eficácia³¹³.

Eduardo Talamini cuidou de exemplificar tal hipótese, prevendo o cabimento quando somente a produção da prova possa revelar os exatos contornos da pretensão de modo a até definir que estão abraçados pela convenção de arbitragem; quando, a partir de indicativos concretos, se constatar que não haverá colaboração, mas sim resistência quanto à produção das provas, de modo a se saber que será inafastável o requerimento e eventual aplicação de medidas coercitivas que apenas seriam determinadas pelo juízo estatal; ou mesmo quando a prova a ser antecipada é muito singela e de fácil produção, o

³⁰⁹ TALAMINI, 2016, op. cit., p. 83.

³¹⁰ Nesse sentido, jurisprudência do STJ: REsp1.297.974/RJ, 3ª T., j. 12/06/2012, Min Rel. Nancy Andrighi, Dje 19/06/2012. TALAMINI, 2016, op. cit., p. 84.

³¹¹ YARSHELL, 2007, op. cit.

³¹² TALAMINI, 2016, op. cit., p. 84.

³¹³ TALAMINI, 2016, op. cit., p. 83-84.

que não justificaria a constituição de um tribunal arbitral somente para isso, haja vista a demora, custo e complexidade da operação³¹⁴.

Uma vez instaurado o juízo arbitral, a competência probatória sempre será dos árbitros, salvo nos casos de necessária medida coercitiva. Sendo, contudo, anterior e urgente – ou mesmo em caso que não envolva urgência – a necessidade da produção da prova, certo é que o juízo estadual poderá ser utilizado³¹⁵.

A produção antecipada será ampla e abarcará quaisquer meios de prova. A ideia é que a ida ao judiciário seja dispensável.

4.3.4.4 *Processo administrativo e produção antecipada de prova*³¹⁶

Do mesmo modo que em relação aos procedimentos anteriores apresentados neste capítulo, o processo administrativo também pode ser local de utilização da prova antecipada. Ou seja, nada obsta a utilização de uma prova produzida antecipadamente em juízo, num processo administrativo.

A prova produzida em sede administrativa e exclusivamente pela administração não tem o mesmo valor que uma prova produzida judicialmente. E isso se pensarmos numa mesma prova, de um mesmo ato, contra um mesmo alguém. Em sentido oposto, contudo, a realidade muda³¹⁷. A prova produzida em processo jurisdicional tem eficácia plena na esfera administrativa, até porque chancelada por direitos e garantias fundamentais e coordenada por terceiro imparcial³¹⁸.

4.3.4.5 *Poder judiciário como mero consultor?*

Críticas e considerações são feitas quanto ao fato de que determinadas medidas que a algum tempo vem sendo admitidas no ordenamento estariam convertendo a atividade jurisdicional em algo que não seria da sua natureza. Há quem entenda que algumas previsões acabam por indiretamente converter o Poder Judiciário em mero órgão consultor.

³¹⁴ TALAMINI, 2016, op. cit., p. 83-84.

³¹⁵ TALAMINI, 2016, op. cit., p. 84.

³¹⁶ Trata-se de tema abordado por Eduardo Talamini nas obras que envolvem a produção antecipada de prova, em especial no artigo publicado na Revista de Processo. Encampamos todas as posições ali expostas. TALAMINI, 2016, op. cit.

³¹⁷ TALAMINI, 2016, op. cit., p. 85.

³¹⁸ TALAMINI, 2016, op. cit., p. 85.

Registramos, de logo, que entendemos ser discussão dispensável, sem grandes reflexos práticos. Não encampamos o pensamento de que o Poder Judiciário está de desnaturando e nem mesmo no sentido de que não seria sua função atuar de forma alternativa ao tradicional litígio de A contra B fazendo alegações e tentando convencer um juiz que é o braço do Estado.

Pelo contrário, entendemos justamente que é dever do judiciário procurar alternativas que busquem a melhor entrega da tutela jurisdicional, ou mesmo que busquem evitar o acesso ao judiciário acaso tal ato não seja necessário, ou mesmo quando puder gerar uma situação menos benéfica para os cidadãos e a sociedade como um todo.

Contudo, atendo-nos à crítica, vale dizer que a legislação processual passou a prever, dentre outros meios, a produção de provas de forma antecipada e sem os requisitos da urgência, ampliando significativamente a possibilidade de utilização de tal técnica. Inserida neste contexto está a possibilidade de se promover uma ação probatória autônoma de cunho puramente investigativo, como forma de documentar fatos ou simplesmente averiguar e conhecer de forma mais exata acerca de determinados fatos, sejam eles decorrentes ou não de uma relação jurídica (PAP unilateral ou bilateral), podendo se vincular ou não a um eventual e futuro processo declaratório³¹⁹.

Daí o questionamento se, nestes casos, o Poder Judiciário teria mera função de consultor.

Inicialmente, vale dizer que a possibilidade de utilização da medida não é ampla a ponto de não se exigir a determinação mínima de interesse e utilidade. Como em toda e qualquer ação, a parte deve comprovar a existência do interesse de agir. Não poderia deixar de ser assim com relação à produção da prova de forma antecipada.

Assim é que a necessidade de comprovação do interesse de agir acaba por contribuir positivamente no sentido de não permitir que o Judiciário se transforme num órgão de consulta, já que não basta o simples pedido para que a produção seja efetivamente realizada, devendo a parte comprovar a existência da necessidade e utilidade da prova que pretende ver produzida³²⁰.

³¹⁹ Nesse sentido, MEIRE, Julianne de Azevedo. *Produção Antecipada de prova sem o requisito da urgência e as alterações do Novo CPC*. Monografia apresentada no curso de Pós-Graduação Juspodivm. Salvador, 2013.

³²⁰ Nesse sentido, Yarshell: “Além disso, embora a antecipação da prova não se limite ao registro de fatos conhecidos, isto é, embora a pré-constituição da prova esteja ligada a ideia de investigação – e, nessa medida, ela seja instrumento apto a descoberta de fatos que se quer conhecer (ou que se quer conhecer melhor) –, a necessidade da prova depende da exposição de um substrato fático mínimo e coerente com a

Ademais, poder-se-ia imaginar que com a produção antecipada de provas além do Judiciário correr o risco de tornar-se um órgão de consulta, este ficaria ainda mais abarrotado de processos, o que seguramente iria no sentido contrário ao que foi pensado quando da sua inclusão no código do modo em que se encontra.

Contudo, com todo respeito pelo pensamento e crítica daqueles que entendem mal o instituto, acreditamos que a produção antecipada de provas jamais poderá transformar o Judiciário num órgão meramente consultor, nem ao menos contribuir para a morosidade da justiça³²¹.

Um outro aspecto que merece atenção é que, através da produção antecipada de provas, a parte extraia informações suficientes para concluir que está diante de uma situação extremamente desfavorável. Quando situações assim acontecem, mais provável é o não ajuizamento da ação pela parte, em virtude de uma certa probabilidade de derrota, levando-se em conta a prova produzida.

A utilização da PAP vai justamente no sentido contrário, como já afirmado. Se presta para melhor conhecimento dos fatos, o que tende a reduzir a quantidade de demandas postas em juízo e não a aumentar. Além disso, existem mecanismo de controle, *verbi gratia*, a produção antecipada de provas que se presta ao desestímulo quanto ao ajuizamento de ação, não permitindo que a parte ajuíze uma ação com concreta possibilidade de derrota. Deste modo, contribui para o não ajuizamento de demandas desprovidas de efetivas provas positivas.

Segundo, a jurisdição voluntária, bem como outros procedimentos já não pressupunham a existência de caráter litigioso e nem por isso significavam ou significam atuação meramente administrativa do Estado. Em terceiro plano, ainda que o fosse, estaria

prova que se quer produzir. 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 como óbices a pré-constituição da prova antecipada”. YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 341-342.

³²¹ Nesse sentido, Daniel Neves: “A ‘falência’ do Poder Judiciário e a constatação de que o processo judicial nem sempre é a melhor forma de solucionar conflitos de interesse vêm intensificando o interesse da doutrina nacional no tocante aos meios alternativos de solução de conflitos, entre eles a conciliação e a mediação. Como benefícios da adoção desses meios alternativos, citam-se: descongestionamento do Poder Judiciário, ao absorver uma série de conflitos que, atualmente, são resolvidos por via judicial, o que permite que, com a diminuição de trabalho, a qualidade da prestação jurisdicional melhore; redução dos custos envolvidos em processos judiciais; menor duração do que o processo judicial; pacificação social mais efetiva, com a solução da lide sociológica.” (NEVES, Daniel Assumpção. *Ações Probatórias Autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 524-525.)

dentro das funções típicas do Poder Judiciário, que tem por objeto a resolução de conflitos, mas não somente isso.

Por todos os argumentos expostos, é possível afirmar que o órgão judiciário, pelo menos em tese, não será alvo de meras consultas, porque, na verdade, este estará contribuindo para a efetiva busca da verdade bem como para a valorização do direito à prova. Como o direito fundamental é protegido sob o manto constitucional, é dever do magistrado enfrentar todas as situações buscando resguardar o direito à prova, seja ele ligado a uma ação ou não.

4.3.5 Art. 381 do CPC/15. Rol taxativo?

O rol do art. 381 deve ser considerado exemplificativo³²², conforme já demonstrado nos subtópicos anteriores.

Discutir quanto à taxatividade de um rol geralmente não é tarefa das mais fáceis. Existem algumas previsões do NCPC que merecem tal análise em apartado, como, por exemplo, o emblemático rol do art. 1.015, que se refere às hipóteses de cabimento do agravo por instrumento. Sem entrar no debate daquele rol específico, por não ser objeto do presente trabalho, mas aproveitando a solução que lá parece mais adequada, vamos pensar no rol da produção antecipada de prova.

Inicialmente, destaque-se que, conforme já abordado anteriormente, existem cerca de cinco possibilidades de produção antecipada de provas nos termos dos arts. 381 e ss., expressamente tratadas pelo código, quais sejam: a prova antecipada para evitar perecimento do direito; aquela que visa possibilitar a autocomposição entre as partes; a produção para justificar o ajuizamento ou não da ação principal onde se discutirá o direito material; o caso do arrolamento de bens, quando a prova tiver por finalidade apenas a realização de documentação e não a prática de atos de apreensão; e, por fim, no caso daquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter contencioso.

Difícil não haver o enquadramento de alguma hipótese nas possibilidades descritas. Contudo, há que se vislumbrar algumas possibilidades específicas relacionadas

³²² TALAMINI, 2015, op. cit., p. 597. DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, op. cit., p. 591. DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 145.

com o eventual processo ulterior e que não se encaixam aos casos mencionados e expressamente dispostos no código.

Nos parece que a produção antecipada de uma prova para viabilizar uma tutela de evidência é uma possibilidade que não se encaixa em nenhuma das previsões. Também nesse sentido, podemos pensar na produção da prova para verificar somente a capacidade de produzi-la, imaginando um litigante habitual que queira apontar a sua capacidade de produção, sem vinculação a nenhum processo.

Acaso aceitas essas possibilidades, surge uma segunda questão: acaso realmente não se enquadrem nas hipóteses previstas, significa que tais provas não poderiam ser produzidas? Nos parece que não. E daí que passamos a utilizar o mesmo raciocínio desenvolvido para o caso do rol do agravo por instrumento.

Na hipótese do agravo, não pacificada doutrinária e nem jurisprudencialmente, há quem defenda a aplicação da analogia. Em outras palavras, há quem entenda que situações semelhantes devem conduzir a tratamento semelhante. Assim, podendo as consequências jurídicas serem as mesmas, nada obstaria que as hipóteses não enquadráveis nos artigos 381 a 384 recebessem tratamento adequado e aceitação³²³.

A título exemplificativo, imaginemos uma doença degenerativa e fatal que não esteja no rol de doenças com tratamento gratuito do INSS. Tal situação merece que seja ignorado o paciente? E se a doença for semelhante a uma outra que receba o benefício do INSS e somente não esteja na lista por ser recém descoberta? O fundamento é exatamente este: se uma hipótese que não está no rol apresentado pelo código se enquadra ou se assemelha a uma que está, deverá receber o mesmo tratamento³²⁴.

Neste sentido, pensamos que, diante da clara possibilidade de se prever outras hipóteses de produção antecipada de provas que não as fundadas no art. 381, natural que se considere aquele rol exemplificativo. Eduardo Talamini se posiciona de forma semelhante, defendendo que “os mesmos fundamentos que justificam a extensão do emprego da produção antecipada a situações não urgentes, no Código de 1973, justificam agora sua utilização em hipóteses que não se enquadram no rol legalmente estipulado: reconhecimento do direito autônomo à prova; garantia da universalidade da tutela jurisdicional; economia processual – e assim por diante³²⁵.”

³²³ DIDIER Jr., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. v. 3., 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

³²⁴ Palestra proferida pelo Professor Fredie Didier Jr. no 1º Simpósio de processo civil ABDPRO e ESA, com tema “Agravo de Instrumento”, datada de 24/05/2017, na cidade de Salvador-BA.

³²⁵ TALAMINI, 2016, op. cit., p. 82.

4.3.6 Viabilidade econômica do procedimento de produção antecipada de provas

Há uma preocupação recente no nosso ordenamento que envolve o estudo dos custos do processo. A matéria que se preocupa com isso, ainda pouco difundida, apesar de crescente, é a denominada Análise econômica do direito.

A economia do direito pode ser compreendida como a aplicação da teoria econômica (teoria dos preços) e dos métodos estatísticos de formação, estruturas, processos e impacto da Lei e das instituições jurídicas³²⁶. De acordo com Cento, a Análise Econômica do Direito é um movimento de pensamento cuja característica essencial é a aplicação da teoria microeconômica neoclássica à análise das principais instituições e do sistema jurídico em seu conjunto.

Mas o objetivo deste subtópico não é exatamente o objeto da matéria mencionada, mas apenas pequena fatia.

Sem adentrar no tema de forma mais ampla, por não ser o objetivo do presente trabalho, deve-se reconhecer, contudo, que o mesmo é objeto de profundos estudos no direito estadunidense, por exemplo, de modo a se constatar, a partir de algumas premissas lá estabelecidas, que, também com relação à prova produzida antecipadamente, poderá se aplicar o rótulo de antieconômica.

O custo da operação envolvida na produção antecipada pode servir de óbice à sua produção. A prova acarreta custos ao Estado tanto quanto para as partes e, no mais das vezes, se vinculará ao futuro processo declaratório. Assim, se visa produzir a prova para que se avalie a perspectiva de êxito na demanda futura.

Sendo assim, acaso possível, interessante que se verifique, de logo e até em abstrato, se há alguma chance de que o direito material perseguido seja acolhido na eventual e futura ação, ou se já não seria possível indicar a sua inviabilidade. Acaso constatado que não há chance de êxito, não há razão para que a prova requerida seja produzida³²⁷. É o caso, por exemplo, da propositura de PAP fundada no inciso I, na qual o pedido “acautelado” é impossível ou mesmo expressamente *contra legem*.

³²⁶ CENTO, Veljanovsky. *A economia do direito e da lei: uma introdução*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

³²⁷ YARSHELL, 2015, op. cit., p. 1.034. Nesse sentido, a própria noção de cautelaridade das ações probatórias nos ajuda. Isso porque a prova antecipada sempre será necessária a um resultado positivo, que, acaso seja impossível, fará com que a prova antecipada perca sua necessidade e utilidade. Trata-se do redimensionamento do *periculum in mora* para as ações probatórias, proposto por Daniel Neves. NEVES, Daniel Assumpção. *Ações Probatórias Autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 495.

É o que também ocorre no procedimento comum, no qual, em tese, se respeitaria o momento da instrução para a produção de provas. Não havendo perspectiva de êxito, a prova deixa de ser relevante, haja vista que sua relevância está condicionada ao grau de influência que possa provocar. Não havendo qualquer influência que tenha como alterar a decisão quanto ao direito material, inócua a prova. E se isso é assim quanto às provas “comuns”, também deverá ser em relação à prova antecipada.

Tal possibilidade, contudo, será bastante rara. Primeiro, porque poderá significar, em grande parte das vezes, o impedimento do autor de apurar fatos, que se adequadamente revelados, poderiam importar em eventual êxito; e, segundo, pois acreditamos que qualquer análise acerca da probabilidade de êxito ou de imprestabilidade da prova, poderia significar a extrapolação da cognição prevista para os magistrados neste procedimento.

4.4 MEIOS DE PROVA, PROCEDIMENTOS PRÓPRIOS E PRODUÇÃO ANTECIPADA

Conforme previsão do livro sobre provas antecipadas do CPC, todos os meios de prova, a princípio, poderão ser produzidos antecipadamente. E isso em sentido ampliativo em relação ao código de 73, que previa que apenas as provas oral e pericial poderiam ser antecipadas, acaso demonstrada a urgência³²⁸.

Ressalva já feita neste trabalho, contudo, refere-se à possibilidade de produção de todos os meios de prova pelo procedimento previsto nos arts. 381 e ss. Contudo, excetua-se deste rol a prova documental, por ser objeto da exibição de documento ou coisa, prevista nos arts. 396 e ss., do CPC. Neste sentido, discordamos da maior parte da doutrina, que entende cabível o procedimento da Produção antecipada de provas prevista nos arts. 381 e ss. quando o objeto for a exibição de documento ou coisa.

O nosso raciocínio vai no sentido de que, assim como haverá pequena diferenciação em relação à prova documental, que tramitará nos termos acima expostos, por ser diferente a pretensão, já que pelo rito da Seção VI, do Capítulo XII do código, o

³²⁸ A despeito de tal previsão, Humberto Theodoro entende que as hipóteses previstas no código de 73 permanecerão mais frequentes. THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. V. 1. 57ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 932.

que quer o requerente é a apresentação e não a produção de determinada prova documental ou coisa.

Importante constatação a ser feita é a de que as provas produzidas antecipadamente deverão ser conduzidas de acordo com o procedimento previsto pelo CPC/15, para colheita da prova^{329/330}.

A priori, todo e qualquer meio de prova poderá ser requerido e feito através da produção antecipada, haja vista não haver qualquer limitação na dicção do art. 381. Assim, pode requerer-se a antecipação de prova testemunhal, pericial, tomada de depoimento das partes, inspeção, e todas as demais típicas e atípicas do ordenamento.

A inspeção judicial, na lição clássica, é meio de prova que se presta a assegurar a situação imediata, possibilitando ao juiz que provavelmente vai decidir a relação material que tenha contato direto com locais ou objetos que se apresentem como relevantes para os fatos da causa (art. 481 e ss.)³³¹. Mas isso não impede ou limita sua produção de forma antecipada, ao contrário, pode mostrar-se necessário e muito útil fazer a inspeção em caráter antecipado ou mesmo antecedente. Apenas, se for usada em processo futuro, conduzido por outro juiz, ela não terá como manter, necessária e absolutamente, o seu valor originário, o que, de todo modo, é passível de ocorrer sempre que o juiz que inspecionar não venha a ser o mesmo que sentenciará o processo – hipótese muito comum.

A imediação é característica inerente à inspeção judicial³³². Pensemos no caso da produção antecipada de prova através da inspeção para que o juiz averigue que determinado veículo apresenta barulhos insuportáveis decorrentes de eventual vício de fábrica nos freios. Nada obsta que o juiz esteja presente no veículo em movimento para

³²⁹ Aparentando não ter aderido às alterações quanto ao momento e forma de proceder das provas antecipadas, Nery: “Uma vez admitida a produção da prova antecipada, com ou sem a urgência, ou seja, acaso existentes interesse e legitimidade para tanto, o momento processual do interrogatório da parte, de inquirição de testemunha e do exame pericial se modifica, passando da original fase probatória da ação de conhecimento ou ação de procedimento especial para a fase probatória da ação preparatória. NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1.105. Há aparente limitação dos meios de prova, a despeito da clara redação do art. 382, §3º do CPC/15. Tal entendimento também revela que, na visão do autor, a ação de produção antecipada de provas tem, necessariamente caráter preparatório; que os outros meios de prova têm procedimento diferente destas mencionadas e que os procedimentos naturais destas provas devem ser respeitados.

³³⁰ Nesse sentido, enunciado do FPPC sobre o tema: E. 634: (art. 381). Se, na pendência do processo, ocorrer a hipótese do art. 381, I ou II, poderá ser antecipado o momento procedimental de produção da prova, seguindo-se o regramento próprio do meio de prova requerido e não o procedimento dos arts. 381 a 383. (Grupo: Direito probatório).

³³¹ TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova*. 2016c. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235462,51045-Producao+antecipada+de+prova/>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

³³² TALAMINI, 2016c, op. cit.

verificar o fato *probando* e até mesmo dirigir o veículo tendo a exata noção do que conta o requerente da medida.

Ainda quanto à inspeção, vale o alerta de que se trata de “constatação pessoal de um estado de fatos que pode ou não se manter no futuro”³³³. Isso para dizer que o simples fato de ter o julgador se dirigido e constatado uma situação não a torna perene.

Seguindo quanto aos meios de prova típicos, temos que o depoimento pessoal da parte também pode ser antecipado. Seria uma espécie de “interrogatório livre” da parte. Contudo, há quem defenda³³⁴ que não caberá a confissão, pois, como se verá adiante, a valoração da prova não é feita no processo da sua antecipação. Quem entende desta forma sustenta alegando que as partes ainda não externaram suas pretensões e defesas com as alegações de fato, sobre os quais a confissão recairia, motivo pelo qual a confissão não poderia ser extraída. Contudo, a confissão é meio de prova e pode ser extraída de forma real, acaso o depoimento ali prestado venha a admitir fato contrário ao seu interesse em processo futuro. Não se trata de disposição de vontade, podendo, inclusive, ser obtida extrajudicialmente³³⁵.

Desse modo, considerando que há prévia produção da prova, em satisfação da pretensão específica, entendemos que há possibilidade de confissão, mesmo que passível de valoração no processo eventual e futuro, onde por ventura venha a ser utilizado. Somado a isso, o fato de que uma das funções primordiais do depoimento é justamente obter a confissão.

Talvez, neste tocante, o depoimento colhido sem que se tenham sido feitas as alegações de fato possa até ser mais autêntico, justamente porque não maculado por tendências ou posicionamentos já estabelecidos, decorrentes de todo o trâmite que envolve o ajuizamento de uma ação e sua fase de conhecimento. É como se pudesse ser produzido um depoimento mais puro. Nada impede que seja valorada no processo eventual e futuro em que venha a ser utilizada, momento no qual caberá ao juiz avaliar a prova, verificando se aquilo que a parte afirmou constitui confissão³³⁶. Entendemos,

³³³ SCHMITZ, Leonard Zieseemer. Da produção antecipada de prova. In: NUNES, Dierle; STRECK, Lênio Luiz; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 569-574.

³³⁴ Ainda antes do advento do CPC/15: SILVA, Ovídio Araújo Baptista de. *Do processo cautelar*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 389. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 8, t. 2, 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 241.

³³⁵ TALAMINI, 2016, op. cit.

³³⁶ TALAMINI, 2016c, op. cit.

inclusive, ser possível haver a confissão ficta, desde que conste do mandado de intimação a advertência.

Em sentido contrário, há quem entenda não ser possível a confissão ficta³³⁷, haja vista a mesma questão de não estarem presentes nos autos àquele tempo as pretensões e defesas que dariam sentido à confissão. Portanto, deixadas de lado as ressalvas legais, acaso o depoente se recusasse a responder ou não comparecesse para depor, na produção antecipada, isso não significaria confissão ficta, cabendo ao julgador do processo futuro avaliar essa conduta omissiva ou renitente, cabendo considerá-la como meio atípico de prova³³⁸.

Discordamos disso por, na prática, não trazer qualquer consequência para aquele depoente que cometa o ilícito de não comparecer para depor ou, comparecendo, se recusar. A ação seria absolutamente ineficiente. Além do mais, a alegação de que não estariam presentes nos autos as alegações de fato aptas a viabilizar a confissão também não correspondem, haja vista a necessidade mínima de indicação – aprofundada quando forem medidas urgentes – de interesse na medida.

Aplica-se ao interrogatório às disposições acerca de depoimento pessoal.

A antecipação também será possível com relação ao depoimento da parte autora, conforme já vimos neste trabalho, haja vista o direito que tem a parte de ser ouvida em “interrogatório livre” pelo julgador, que dará à prova o valor que ela merece, em especial em razão da urgência³³⁹. Nesse sentido, fácil imaginar uma situação em que a parte requerente da medida queira registrar seu depoimento por estar com doença grave, passível de vir a falecer a qualquer tempo; ou mesmo nos casos em que os fatos são tão complexos e delicados que a simples transcrição e adequação escrita numa petição inicial jamais poderia alcançar o verdadeiro teor da versão do requerente. Entendemos, no entanto, que aceitar tal hipótese é por demais arriscado, o que, contudo, não é fator apto a afastar a hipótese.

Também com relação à prova testemunhal, aplica-se a antecipação, seguindo-se o rito dos arts. 456 e ss., do CPC no momento da sua colheita. Aqui volta-se o olhar em

³³⁷ TALAMINI, 2016, op. cit.

³³⁸ TALAMINI, 2016, op. cit., p. 86.

³³⁹ TALAMINI, 2016, op. cit., p. 86. Ainda quanto ao tema, importante destacar o direito que tem a parte de estar em juízo apresentando a sua versão dos fatos. É aproximação das partes com o julgador, o que traz conotação essencialmente constitucional e seguramente coopera para uma melhor entrega da tutela jurisdicional. Em sentido contrário, entendendo não ser possível, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo Cautelar*. São Paulo: RT, 2008, p. 266.

especial para a diretriz de que não cabe, neste processo, qualquer valoração do magistrado. Não há espaço para qualquer análise de contexto existente entre a prova e o eventual futuro processo onde se debaterá o direito material controvertido. A doutrina fala, *verbi gratia*, no descabimento do indeferimento de testemunha por fundamento de que esta tem interesse na futura ação principal onde a prova seria utilizada³⁴⁰.

Também se cogita a impossibilidade de haver acareação entre as testemunhas, pois pressuporia avaliação do depoimento. Contudo, o interesse pode residir justamente na aferição da verdade a partir do confronto das versões apontadas, seja porque há urgência, ou mesmo por existir a necessidade de se ter um panorama mais preciso sobre os fatos, de modo a embasar melhor um convencimento acerca da possibilidade/desejo de ajuizar ou não uma ação, ou mesmo quanto à possibilidade/desejo de conciliar. Segundo Talamini, encontra-se a saída na avaliação entre privilegiar o princípio da ampla admissibilidade da produção da prova³⁴¹, em detrimento da diretriz de que não haverá valoração a ser feita em tal procedimento³⁴².

Entendemos que tal medida não necessariamente precisa passar pela avaliação entre princípio e diretriz, mas sim gravitar em torno do tanto quanto for possível verificar os fatos. E isso em nada tocará na atividade valorativa, mas apenas na abrangência do conhecimento acerca daqueles fatos. Assim, a acareação não presumiria valoração ou avaliação do depoimento acaso, para que fosse conclusiva a prova, se necessitasse da confrontação entre as versões.

Em outro sentido, qualquer prova pericial pode ser antecipada, sendo a sua colheita produzida com base nos arts. 465 e ss. No CPC/73 colocou-se em questão o cabimento da antecipação quanto à avaliação e arbitramento, alegando-se que a mera estimativa de valor não se submeteria ao risco. Não é difícil contra-argumentar tal afirmativa, bastando, para tanto, mensurar a hipótese de produção de tais provas para fins acautelatórios³⁴³. Contudo, para evitar mais delongas, com o advento do NCPC, qualquer

³⁴⁰ TALAMINI, 2016, op. cit., p. 86. Neste ponto, contudo, há que se levar em conta o regramento acerca das testemunhas suspeitas, impedidas ou incapazes e todo seu regramento com relação à contradita, por exemplo.

³⁴¹ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro. Parte geral: institutos fundamentais*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

³⁴² Nesses casos a jurisprudência tem sido sensível ao problema, favorecendo, sempre que possível, a realização da prova antecipada, mesmo quando haja dificuldade em considerar *in concreto*, a dificuldade de produção posterior.

³⁴³ Talamini exemplifica tal hipótese na circunstância de um sócio excluído de uma determinada sociedade e que teria o direito a haveres que tomem em conta a situação da sociedade na data da exclusão, de modo que uma avaliação no momento de tal fato seria muito mais precisa do que a que pudesse vier a ser feita

discussão acerca disso perdeu o sentido, haja vista a previsão da antecipação para qualquer meio de prova, inclusive sem o requisito da urgência.

O rol de situações que permite a utilização de prova pericial antecipada é dos mais vastos, sendo um passo enorme para o nosso ordenamento tal possibilidade.

A exibição de documento coisa, acaso requerida no bojo de um processo existente, dará origem a um procedimento incidental específico, previsto no art. 396 e ss., do CPC. De outro lado, acaso se pretenda sua antecipação, há quem entenda que deve tramitar conforme a Produção Antecipada de Provas e o regramento do art. 381 e ss., haja vista que os procedimentos se confundem em certa medida quanto ao interesse de agir, prazos e limitação cognitiva, salvo quanto ao momento da decisão que, acaso produzida de forma antecipada, se dará apenas no processo principal que eventualmente venha a ser proposto e poderá observar os termos do art. 400, do CPC. Abordaremos a proposta de enquadramento e interação dos institutos (Produção Antecipada de Provas e Exibição de Documento ou Coisa) ao longo do trabalho.

Por fim, com relação às provas por amostragem ou estatística, vale conceituar como aquelas realizadas por apenas uma parcela de um determinado todo, quando a análise global seja impossível, de difícil consecução, altamente dispendiosa ou desnecessária, bastando a aferição de uma amostra, dos dados identificados a partir da averiguação de uma parte do conjunto³⁴⁴. Tal prova só será admissível quando o objeto da análise for efetiva e exorbitantemente vasto e os dados colhidos forem representativos do que ocorrer com o todo, quando globalmente considerado³⁴⁵.

Não há, atualmente, previsão expressa no CPC, mas já há menção no Código Modelo de Processos Coletivos, aprovado em 2004, bem como no projeto de lei 5.139/2009, que versa sobre a nova lei de ação civil pública³⁴⁶.

em momento posterior, quando diversos fatores utilizados para a estimativa já tivessem sido alterados, ainda que pela ação do tempo. TALAMINI, Eduardo. Da produção antecipada da prova. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 591. Acreditamos que nesses casos, a avaliação imediata é medida indispensável.

³⁴⁴CASTRO MENDES. Aluisio Gonçalves de; LOURENÇO, Haroldo. A teoria geral da prova no código de processo civil de 2015. *Revista de processo*. V. 263, jan./2017. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 55-75.

³⁴⁵Aluisio Mendes e Haroldo Lourenço mencionam como exemplos as hipóteses referidas no art. 100 do CDC, nos casos em que deva haver decisão se houve “habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano”, ou na hipótese já enfrentada pelo STJ (EDcl no AgRg no Ag 623803/RJ), em que a questão versava sobre o pagamento de direito oriundos da retransmissão de música e apartamentos de hotel, onde o valor devido deveria ser calculado levando em conta “a média da efetiva utilização dos apartamentos” e que deveria se proceder “uma pesquisa, por amostragem, que poderá ser regional, visando a estabelecer uma média, sem necessidade, obviamente, de que todos os estabelecimentos sejam diretamente pesquisados”.

³⁴⁶CASTRO MENDES; LOURENÇO, op. cit.

4.4.1 Ata notarial

O CPC/73, no artigo 332, já possuía previsão no sentido de que todos os meios legais e legítimos seriam hábeis a comprovar a verdade dos fatos. Também se aproximava disso em certa medida o art. 364 do mesmo diploma, ao prever que “o documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença”. Entretanto, a ata notarial não era referida ao longo do código, passando a assim figurar com o advento do novo código³⁴⁷. Em verdade, não havia menção à ata notarial no código passado.

Registre-se que a abordagem da ata notarial se faz necessária por ser prova que naturalmente pode ser produzida em momento anterior ao processo, assim como a prova documental, mas também incidentalmente, e por isso a qualificação como prova pré-constituída. Está enquadrada no código em momento imediatamente posterior ao da prova antecipada talvez por tais características, a despeito de se tratar de evidente prova documental.

Prevista no artigo 384, do CPC/15, a ata notarial é documento público que se presta para atestar a existência ou o modo de ser de algum fato, a requerimento de interessado, que poderá levar aquilo ao processo com mais “peso”, eis que lavrado por tabelião com fé pública. Podem ser representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos.

Serve para evitar que determinada coisa se perca por conta da incidência do tempo, ou mesmo para dar fé a algo. Exemplo banal de circunstância que autoriza a utilização de uma ata notarial é nos casos em que seja útil juntar aos autos de um processo as conversas de *WhatsApp* ou de outros aplicativos congêneres, ou ainda quaisquer documentos extraídos da internet e que são facilmente falsificados ou excluídos e que poderiam instruir ação de indenização por dano moral.

Nestes casos específicos, é lícito dizer que a utilidade da ata notarial, além de existir no simples fato de conferir fé pública àquele documento, também reside no fato de que a prática jurídica apresenta a circunstância de não reconhecimento do valor do

³⁴⁷ William Ferreira traz curiosidade consistente no fato de que, na versão originária do Senado, havia previsão no sentido de admitir ata notarial para “fato considerado controvertido e que apresente relevância para alguém”, o que poderia trazer sérios problemas haja vista não ser dado ao Tabelião avaliar a existência ou não de controvérsia. Também constata que não havia a previsão de a verificação de dados de som e imagem por meio eletrônico. FERREIRA, op. cit., p. 1.045-1.046.

documento juntado por parte de alguns julgadores quando o mesmo puder ser facilmente alterado. Ou ainda, casos em que a prova documental apresentada não recebe o valor devido do julgador, por ser facilmente contestada pela parte adversa com base em sua natureza.

É simples. Imaginemos a juntada de uma conversa entre duas pessoas e que esteja registrada pelo *Telegram*, aplicativo de mensagens instantâneas. A juntada deste documento provavelmente se dará através de *prints* de telas extraídas do celular ou mídias audíveis com relação às mensagens de voz. Somente neste perspectiva simples, já há a possibilidade de a parte adversa alegar que nunca conversou com a parte que juntou a prova; que aquele número de celular ou cadastro no aplicativo não é seu; que qualquer pessoa pode cadastrar o nome de terceiro e colocar uma foto, se passando por ele; que os áudios não são legítimos; que houve alteração no teor das conversas com inclusão ou exclusão de trechos; ou ainda que houve seleção de trechos que denotam situação prejudicial mas que não reflete a verdade dos fatos, enfim, um sem fim de alegações que induziriam o juízo à abertura de um incidente de falsidade, ou ainda, a desconsiderar a prova, ou mesmo desentranhá-la, ou fazer juízo de valor que seja prejudicial.

Com a juntada da mesma prova através de ata notarial, nenhum destes questionamentos será feito, ou, se o for, deverá ser acompanhado de uma carga negativa muito maior, pois ao mesmo tempo significaria um crime por parte do tabelião.

Ou seja, qualquer pessoa interessada na documentação de determinado fato pode solicitar a um tabelião que assim proceda, narrando por escrito aquilo de que tomou ciência ou mesmo aquilo que presenciou³⁴⁸.

Não é recente a utilização expressiva da ata notarial, haja vista a forte prática de documentação nos casos típicos de reunião de condomínio, assembleia de acionistas e vistorias em imóveis para fins de locação³⁴⁹.

A ata notarial é um documento público, revestido de fé pública e lavrado por Tabelião que é o responsável por atestar a existência de um fato ou o modo de ser deste fato existir, descrevendo o mesmo da maneira conforme se apresenta, de modo a

³⁴⁸ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, op. cit., p. 211-212.

³⁴⁹ AMARAL, Osternack Paulo. *Provas. Atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: RT, 2015, p. 130.

conservar tal ocorrência, possibilitando que sirva como prova autêntica de como, quando e de que forma aqueles determinados fatos ocorreram³⁵⁰.

Não se confunde com a escritura pública que é ato de atribuição de suporte formal, qualificado juridicamente e oriundo de ato ou negócio jurídico apresentado pelas partes interessadas. A ata notarial é a narração de um fato presenciado e apreendido pelos sentidos, sem qualificação jurídica do fato ou mesmo qualquer juízo de valor³⁵¹.

Em outras palavras, a ata notarial revela a consubstanciação de um fato atestado pelo tabelião, enquanto que a escritura pública revela a vontade das partes manifestada diante do tabelião³⁵².

Ata notarial e escritura têm objetos diferentes. A ata contém a narrativa dos fatos ou atesta em forma narrativa aquilo que o tabelião presenciou, já na escritura, o tabelião recebe manifestação de vontade, lhe atribui um instituto jurídico pertinentes, assessora e redige o documento jurídico, tendo ainda por função o dever de controle quanto à legalidade³⁵³.

O art. 7º, da lei 8.935/1994 traz a previsão de competência para a lavratura de atas notariais, atribuindo-a aos tabeliães, prevendo, ainda, a possibilidade de estes envidarem esforços necessários ou convenientes para o preparo dos atos notariais, requerendo o que couber, limitados aos custos dos emolumentos devidos pelo ato³⁵⁴. Neste tocante, vale destacar que a ata notarial, via de regra não se trata de serviço caro. É possível fazer o registro de fatos e do seu modo de ser nos tabelionatos por valores acessíveis.

É muito comum a utilização da ata notarial no mundo negocial para a lavratura de fatos ocorridos em assembleias, para registro de publicações de sites que podem, facilmente e a qualquer momento, ser retirados do domínio público, bem como, para atestar fatos que desaparecem rapidamente, perpetuando a memória.

³⁵⁰ Toda ata notarial deve conter cinco elementos mínimos: a) indicação do solicitante com qualificação completa; b) data e hora do registro físico da existência do fato ou do modo de ser, na ata notarial; c) local onde a ata tenha sido realizada; d) O objeto, que é composto pelo fato que deverá ser atestado ou documentado pelo notário, podendo ser classificado em lícito ou ilícito, eletrônico, sensorial e físico; e, e) a finalidade do procedimento. RIBEIRO, Darci Guimarães. *Ata notarial*. In: NUNES, Dierle; STRECK, Lênio Luiz; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 574-575.

³⁵¹ BRANDELLI, Leonardo. *Direito notarial*, 2011, p. 331, apud NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.105.

³⁵² NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.105.

³⁵³ FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Ata notarial – doutrina, prática e meio de prova*. São Paulo: Quartier latin, 2010, p. 112-113.

³⁵⁴ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, op. cit., p. 213.

Imagens e sons também são passíveis de certificação por meio de ata notarial. Nesses casos, o tabelião poderá lavrar a ata notarial transmudando som ou imagem em texto que lhes revele o conteúdo exato, atestando que a gravação é autêntica. Pode, ainda, indicar a origem da fonte, ainda que eletrônica.

A ata pode se prestar à documentação do estado de conservação de um bem, divulgação de obra protegida por direito autoral sem indicação precisa da autoria, a presença de alguém em determinado local, o conteúdo de algum bem ou de *site* da internet, a opinião caluniosa, injuriosa ou difamatória proferida por alguém contra outrem, o testemunho de uma pessoa sobre determinada situação de fato, a contaminação de um ambiente por substância odorífera, dentre inúmeras outras. As possibilidades são infinitas, haja vista que os fatos da vida também o são, e justamente estes são objeto da ata notarial.

A doutrina³⁵⁵ fala ainda em espécies ou tipos de atas notariais. Podemos mencionar as atas de notoriedade³⁵⁶, que seriam aquelas que tem por objeto “a comprovação e fixação de fatos notórios³⁵⁷.” Exemplo disso seria a prova de que está vivo, solicitada junto ao INSS. Seriam, não apenas, mas também, e, principalmente, úteis em relação àqueles fatos que tem notoriedade em determinado grupo de pessoas e não a sociedade como um todo, por exemplo.

Também menciona a doutrina³⁵⁸ outras hipóteses, como as atas de *presença e declaração*, que servem para documentar a declaração de alguém sobre determinado fato; as atas de *constatação em diligência externa ou inspeção*, próprias para que se ateste o que o tabelião presenciou ou viu; as atas com *gravação de diálogo telefônico*, no qual o tabelião escreve tudo que ouviu a partir de uma conversa em sistema de viva voz ou não; as atas de *internet (verificação por meio eletrônico)*, que tem por fim a demonstração do fato de que a informação é real e está disponível em ambiente público. Exemplos desta seria o cadastro dos estudantes de pós-graduação em plataforma cadastral disponível na internet onde se atesta a presença como aluno regular em determinada instituição federal, bem como a matéria a qual está vinculado. E, ainda, as chamadas atas de *comparecimento e ausência de outrem*, bem como as atas de *subsanação*, que se prestam à promoção de

³⁵⁵ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, op. cit., p. 212.

³⁵⁶ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, op. cit., p. 212, citando CHICUTA, Kioitsi, Ata notarial e sua utilização como prova judiciária. In: BRANDELI, Leonardo (Coord.). *Ata notarial*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004, p. 175.

³⁵⁷ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, op. cit., p. 211-212.

³⁵⁸ FERREIRA, William Santos. Da ata notarial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Org.). *Breves comentários do código de processo civil*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.046.

correção de erros em documentos particulares ou públicos e sua correção em face de disparidade entre a situação real e a documental.

Por fim, podemos mencionar a chamada *Carta notarial*. Trata-se de expressão que se refere à utilização da ata notarial como meio de autenticação da expedição de cartas de sentença judiciais ou de ordens judiciais³⁵⁹.

A ata notarial não carece de comprovação, sendo ela mesma a prova dos fatos ali descritos (art. 405, do CPC)³⁶⁰. Isso por conta de a atividade notarial ser norteadada pelo princípio da notoriedade ou fé pública, conforme já dito, segundo o qual se extrai que os fatos alegados pelo tabelião são presumidos como verdadeiros. Nesse sentido, óbvio constatar que os documentos públicos têm presunção de veracidade, sendo admissível prova em sentido contrário, eis que *iuris tantum*. Também se destaque não haver contraditório na produção.

Outra discussão relevante diz respeito ao fato de que a sua elaboração deveria ou não estar condicionada à demonstração, ao tabelião responsável, da sua utilidade ou finalidade, ou seja, a vinculação da produção da ata. Nesse sentido, aqueles que entendem que não existe tal exigência, sendo livre a produção da ata e não sendo nem o tabelião obrigado a questionar ou buscar saber sobre a motivação da produção do documento e nem o interessado obrigado a dizer ou justificar tal ato³⁶¹.

Em sentido contrário, há quem defenda que o tabelião deve saber qual o propósito da parte ao solicitar a ata. Para esta corrente, o tabelião tem o poder de decidir acerca das possibilidades narrativas, bem como valorar aquilo que reputa como mais ou menos útil e ainda quanto ao destaque de tais elementos no documento³⁶².

Nos filiamos à primeira corrente, haja vista que pensar diferente seria permitir ao tabelião extrapolar as suas funções agindo como se magistrado fosse. Se nem na produção antecipada de provas é dado ao juiz valorar a prova, quem dirá ao tabelião quando da confecção de documento com fé pública.

Não estamos dizendo que não há qualquer valoração ou que o procedimento é mecanizado e engessado de modo que o tabelião se limita absolutamente a reproduzir o

³⁵⁹ NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.105, ponto 5.

³⁶⁰ Nesse sentido, NERY Jr.; NERY, op. cit. DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

³⁶¹ Nesse sentido, DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, op. cit., p. 213.

³⁶² Nesse sentido, FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger; RODRIGUES, Felipe Leonardo. *Ata notarial – doutrina, prática e meio de prova*. São Paulo: Quartier latin, 2010.

que viu ou o modo de ser de algo, mas, é inaceitável que este conduza o documento com alguma indução quanto ao seu conteúdo. Fala-se, refletindo isso, em objetividade e imparcialidade na atividade do tabelião³⁶³.

Numa primeira reflexão, não nos parece possível limitar a confecção de atas notariais quanto à uma mesma circunstância, ou seja, não nos parece lícito falar que o documento só poderá ser produzido uma vez, primeiro porque, para o tabelionato, quanto mais atos praticados, maior o lucro e, segundo, porque existem diversas formas de se certificar de um mesmo fato. Também não nos parece possível produzir uma ata notarial sem motivo aparente, contudo, tal motivação não necessariamente precisa ser a juntada em um processo judicial, ou ainda, pode apontar apenas para fins de arquivo, fins históricos, o que derruba, de uma vez, qualquer condicionamento que pudesse se exigir do interessado em relação ao tabelião e à produção do documento.

Lavrada a ata notarial, resta constituído documento público que pode ser inserido em processo como prova documental. Tal documento, sempre que possível, se fará acompanhar por registros fotográficos, audiovisuais, fonográficos, ou por quaisquer outros que se relacionem com o mesmo. Tal possibilidade, que não é imposição³⁶⁴, confere, por óbvio, maior legitimidade ao documento. Chega ao juiz de forma indireta e deverá ser valorada à luz dos demais elementos presentes nos autos. Nada impede que sejam apresentadas as versões originais para que o julgador inspecione ou mesmo que este determine nova produção de prova.

A ata notarial é excelente meio de prova, de documentação de fatos, mas não está livre da valoração por parte do órgão julgador, sendo, inclusive, possível, por ordem judicial, que se refaça a diligência já feita pelo tabelião, a partir de alegação de vícios ou outras que importem no enfraquecimento da autenticidade daquela, ou mesmo para assegurar o contraditório, haja vista que, por ser documento produzido via de regra antes da deflagração do procedimento judicial (por não prescindir deste), não comporta, no mais das vezes, oportunidade do contraditório para aquele contra quem se utilizará a prova.

Assim, por exemplo, se a ata notarial registra o depoimento de alguém, é preciso lembrar que a outra parte não teve a oportunidade de formular suas próprias perguntas – cujas respostas poderiam ensejar novas revelações sobre

³⁶³ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, op. cit., p. 213.

³⁶⁴ Vide o parágrafo único do art. 384 do CPC/15: “Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.”

o fato que se pretendeu narrar. Se a ata registra o estado de conservação de um imóvel, é preciso lembrar que o tabelião pode não ter o conhecimento técnico suficiente para verificar, por exemplo, que, por trás de uma boa pintura, um piso bem assentado, uma fachada amigável, há problemas sérios de estrutura.³⁶⁵

Deste modo, importante visualizar, acaso seja o interessado que produziu o documento, que em dadas circunstâncias, a ata notarial pode não ter o mesmo peso em relação às outras possíveis. Em sentido oposto, no lugar daquele contra quem se produziu a prova, imprescindível saber analisar friamente o modo de produção da prova e as circunstâncias envolvidas, de modo a viabilizar a contraprova ou o desfazimento da situação de desvantagem em relação à comprovação de tal fato.

Vale ainda destacar aqui que a declaração contida na ata notarial e o seu conteúdo não se confundem. Não é porque algo está descrito em ata (retratando a existência de algo que aborde um fato), que determinado fato realmente tenha ocorrido. “Se alguém fala algo que é descrito por tabelião a *fé pública* incide sobre a autenticidade da *declaração realizada* (falar algo) e não que o que foi dito é verdadeiro”³⁶⁶. A descrição do conteúdo de um jornal, por exemplo: verifica-se a veracidade em relação ao conteúdo estar ali, mas não em relação àquele conteúdo ser verdade. Se for notícia da chamada mídia marrom, o fato declarado e abraçado pela fé pública é o de que a notícia estava publicada; jamais o de que o caso do ator X com o ator Y é verdadeiro.

4.4.2 O processo de justificação

Justificação é a coleta e registro escrito de prova testemunhal apta a ser juntada num processo – inclusive administrativo – como prova documental, sem natureza contenciosa, ou mesmo a servir de simples documento³⁶⁷. Sua função é justificar qualquer fato ou relação jurídica que devem ser expressamente descritos pelo requerente na sua petição inicial. Também pode servir para simples documento³⁶⁸.

³⁶⁵ FERREIRA, William Santos. Da ata notarial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Org.). *Breves comentários do código de processo civil*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.045-1.046.

³⁶⁶ FERREIRA, op. cit., p. 1.046.

³⁶⁷ DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2017, op. cit., p. 159.

³⁶⁸ Em evidente crítica ao contexto adotado no NCPC, Yarshell sustenta que a referência existente na lei ao termo “documentação” repete imperfeição técnica do código anterior. “A ênfase dada ao mero registro de fatos conhecidos de antemão deve ser entendida como indicativa do elemento subjetivo de quem vai a juízo, isto é, da sua *intenção* de registrar determinado fato. Contudo, não pode ser aceita a premissa de que a prova colhia necessariamente referendará o que alegou ou pretendeu o requerente. O autor certamente sabe o que

Diz a doutrina tradicional que não se trata, no mais das vezes, da produção de uma prova em si, mas de um conjunto probatório que permita justificar dada posição jurídica, de modo a lhe conferir plausibilidade.

Se dá comumente com pedido de justificação de fatos relevantes para fins previdenciários ou quando promovida por funcionário público que pretende evidenciar fato da sua vida funcional, visando corrigir os registros da repartição pública³⁶⁹.

Também pode ser utilizada como simples desejo de produção de prova oral para, por meio dela, conhecer uma situação fática que até então não se apresentava exata, de modo a revelar alguma utilidade³⁷⁰.

Em outras palavras, é uma medida probatória não contenciosa, que se destina a justificar um fato ou uma relação jurídica, que devem ser especificadas na petição inicial (CPC/15, art. 381, § 5º). O resultado da justificação servirá como simples documento ou como prova em processo judicial ou administrativo. A especificação dos fatos é feita, mas não a qualificação jurídica, por conta da limitação cognitiva afeta ao magistrado nesta medida, contudo, a qualificação se visa sustentar com o arcabouço probatório ali defendido, de modo que a ciência do provável enquadramento já se faz necessário.

O NCPC não extinguiu a previsão da justificação, trazendo tal possibilidade no art. 381, §5º, conforme já analisamos no tópico sobre fundamentos da prova antecipada. O que fez o NCPC foi atender a sugestão defendida há algum tempo pela doutrina³⁷¹, no sentido de unificar a ação probatória autônoma, fundindo a produção antecipada de prova e a ação de justificação, tal como haviam sido sistematizadas no CPC/73.

quer justificar, mas não sabe qual o concreto resultado da prova em relação aos fatos que quer ver justificados.” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Da produção antecipada da prova*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Org.). *Breves comentários do código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.030.)

³⁶⁹ DIDIER Jr., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. v. 3., 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 160.

³⁷⁰ Para Daniel Neves, a utilidade da medida é requisito para seu processamento: “Essa significativa autonomia do processo de justificação, entretanto, não poderá significar a admissibilidade pura e simples da justificação avulsa. Um entendimento ampliativo dessa espécie de demanda exigiria, do Poder Judiciário, uma atividade – ainda que não contenciosa – absolutamente inútil, o que não se poderá conceber, a partir da concepção de que, independentemente de jurisdição voluntária ou contenciosa, o Poder Judiciário só deverá prestar tutela jurisdicional que tenha alguma espécie de utilidade.” NEVES, Daniel Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 674.

³⁷¹ Nesse sentido, DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 10 ed. Salvador: Juspodivm, 2015. YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. NEVES, Daniel Assumpção. *Ações Probatórias Autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008.

Tal alteração se justifica, haja vista que a produção antecipada de provas no código de processo antigo tinha como hipótese a prova testemunhal, só que apenas pressupondo urgência, enquanto que a justificação a dispensava, o que induzia à inutilidade da produção antecipada da prova testemunhal³⁷².

A hipótese da urgência trazida na PAP, pelo regramento do CPC/73, era englobada pela previsão da ação de justificação.

O objeto da ação de justificação é formar um determinado documento que possa ser utilizado em ação posterior. Sendo assim, o legislador encerrou as formalidades específicas deste procedimento para submeter a justificação ao quanto disposto na parte referente à antecipação da prova. Contudo, não se pode olvidar que o procedimento de justificação previsto no CPC/15 também se submete à demonstração do interesse e pertinência subjetiva (legitimidade).³⁷³ Há quem defenda que, assim como de forma geral, em relação à produção antecipada de provas, que a justificação pode ter caráter contencioso se a prova ali desenvolvida vier a ser utilizada em processo futuro, e tenha se fundado nas hipóteses do art. 381³⁷⁴.

A justificação não tem caráter neutro, ou seja, não é medida estéril em relação à esfera jurídica de outrem, por conta da sua natureza não contenciosa. O NCPC trouxe uma simplificação procedimental.

4.4.3 Exibição de documentos

A exibição de documento ou coisa, assim como no caso da justificação, perdeu a sua natureza cautelar³⁷⁵, constituindo parte das chamadas ações probatórias autônomas.

Está regulamentado entre os artigos 396 e 400, do CPC e pode ser feito por qualquer parte – inclusive o MP quando atuar como fiscal da ordem jurídica – em face da outra ou de terceiros. Existem, assim, quatro hipóteses de utilização: a) através de pedido incidental, formulado em ação já em curso, contra a parte contrária; b) por meio de uma

³⁷² NEVES, Daniel Assumpção. *Ações Probatórias Autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 353.

³⁷³ NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.102. Nesse mesmo sentido: “Além disso, o emprego da justificação não pode e não deve se dar de forma incondicionada, como se não implicasse qualquer sorte de encargo para o Estado. Portanto, a medida também se sujeita à demonstração do interesse e à pertinência subjetiva”. YARSHELL, 2016, op. cit., p. 1.030.

³⁷⁴ TALAMINI, 2016, op. cit., p. 81.

³⁷⁵ NEVES, 2016, op. cit., p. 1.459.

ação incidental, formulada contra terceiro, num processo já em curso; c) valendo-se de uma ação principal, demanda com finalidade específica de obtenção de documento ou coisa; ou mesmo por determinação de ofício pelo julgador³⁷⁶.

A lei processual reconhece dois fundamentos genéricos para embasar uma ordem de exibição de documento ou coisa. Seriam eles: a) o direito de acesso ao documento ou à coisa, de natureza material; b) o direito de produzir prova para o exercício do seu direito, de índole processual³⁷⁷.

O pedido será formulado na inicial, pelo autor; na defesa, pelo réu; na peça de ingresso, se for caso de terceiros; ou mesmo por petição autônoma ou determinação do juiz. Sempre conterà a individualização do documento ou coisa; a finalidade da prova, indicando os fatos relacionados, bem como as circunstâncias em que se funda o requerente que sejam aptas a presumir a existência do que se busca ser exibido³⁷⁸.

Formulado o pedido, a parte contrária se manifestará na sua defesa, na réplica ou em cinco dias contados da intimação, a teor do art. 397, do CPC.

Uma vez ciente do pedido que tem contra si, a parte requerida na exibição poderá: a) exhibir o documento ou coisa; b) permanecer silente, o que pode gerar presunção de veracidade³⁷⁹; c) recusar-se a exhibir o documento ou coisa, com base no rol do art. 404³⁸⁰, que é exemplificativo³⁸¹; ou d) negar que o documento ou coisa esteja em seu poder.

³⁷⁶ GONZALEZ, Gabriel Araújo. *A recorribilidade das decisões interlocutórias no CPC/15*. Salvador: Juspodivm, 2016.

³⁷⁷ RAMOS, Rodrigo. Os efeitos jurídicos do descumprimento de ordem de exibição de documento ou coisa no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Grandes temas do Novo CPC: Direito Probatório*. v. 5. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 678.

³⁷⁸ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, op. cit., p. 230.

³⁷⁹ Não sendo uma das hipóteses do art. 404, será tida por ilegítima a recusa oferecida pelo requerido. Também prevê o art. 399 que não poderá haver recusa quando o requerido tiver obrigação legal de exhibir; ou quando o requerido tiver aludido ao documento ou à coisa, no processo, com o intuito de constituir prova; ou mesmo, se o documento, por seu conteúdo, for comum às partes. Nesses casos, o juiz deverá compelir o réu a apresentar documento ou a coisa e, caso este não o faça, presumiram-se como verdadeiros os fatos que se pretendia provar.

³⁸⁰ Art. 404. A parte e o terceiro se escusam de exhibir, em juízo, o documento ou a coisa se: I - concernente a negócios da própria vida da família; II - sua apresentação puder violar dever de honra; III - sua publicidade redundar em desonra à parte ou ao terceiro, bem como a seus parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau, ou lhes representar perigo de ação penal; IV - sua exibição acarretar a divulgação de fatos a cujo respeito, por estado ou profissão, devam guardar segredo; V - subsistirem outros motivos graves que, segundo o prudente arbítrio do juiz, justifiquem a recusa da exibição; VI - houver disposição legal que justifique a recusa da exibição. Parágrafo único. Se os motivos de que tratam os incisos I a VI do *caput* disserem respeito a apenas uma parcela do documento, a parte ou o terceiro exhibirá a outra em cartório, para dela ser extraída cópia reprográfica, de tudo sendo lavrado auto circunstanciado.

³⁸¹ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, op. cit., p. 230.

Neste caso, é admitida a produção de prova em sentido contrário pelo requerente da medida e, acaso exitosa, os fatos serão presumidos como verdadeiros³⁸².

Trata-se de delicada avaliação a ser feita pelo magistrado que deverá, com base na proporcionalidade, decidir se o direito fundamental à prova deve ser relativizado em detrimento da maior proteção ao bem da vida suscitado pelo requerido.

O juiz, no cumprimento da ordem de exibição poderá se valer de medidas coercitivas diretas ou indiretas, ao invés da presunção de veracidade, ou mesmo em apoio a ela³⁸³. Vale dizer que a presunção é *iuris tantum*, cabendo, portanto, prova em sentido contrário que poderá quebrá-la.

Quanto à aplicação de multa cominatória para a exibição de documentos ou coisa pela parte, o STJ, ainda na vigência do CPC/73, fixou duas teses em sede de julgamentos repetitivos: num primeiro momento (REsp 1112862/GO), entendeu cabível cominação de multa para que determinada parte apresentasse à outra certos documentos; e num segundo momento, fixou tese no sentido de ser incabível a imposição de multa cominatória quando a ação versasse sobre direito disponível, independentemente da natureza do pleito formulado, haja vista a possibilidade de presunção de veracidade e busca e apreensão.

Assim, parece coerente a visão de quem entende que, quanto às medidas do art. 400, parágrafo único, só poderiam ser tomadas quando necessárias, quando a presunção de veracidade não for possível³⁸⁴.

Ainda na vigência código de processo passado, o STJ editou a Súmula 372³⁸⁵ relacionada à exibição de documento ou coisa, atestando ser incabível a aplicação de multa cominatória. Os fundamentos extraídos dos precedentes atinentes ao enunciado

³⁸² Daniel Neves: “Ao prever que as medidas executivas serão adotadas somente quando necessário, permite a interpretação de que sua adoção somente sem justifica naqueles casos em que a presunção de veracidade não pode ser gerada”. (NEVES, Daniel. Da exibição de Documento ou Coisa. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.). Fredie alerta para o fato de que também não haverá presunção de veracidade quando for inadmissível a confissão como meio de prova; quando o único meio de prova admissível for o instrumento público; quando por outro modo o documento ou coisa foi exibido; ou quando houver, nos autos, elementos suficientes para afastar a presunção, ao que se assemelha à noção de que a contestação apreciada no seu todo pode afastar necessidade de impugnação especificada, art. 341, I. DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, op. cit., p. 232.

³⁸³ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, op. cit., p. 232.

³⁸⁴ Nesse sentido, RAMOS, Rodrigo. Os efeitos jurídicos do descumprimento de ordem de exibição de documento ou coisa no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral). FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Grandes temas do Novo CPC: Direito Probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015. GONZALEZ, Gabriel Araújo. *A recorribilidade das decisões interlocutórias no CPC/15*. Salvador: Juspodivm, 2016.

³⁸⁵ Enunciado n. 372, STJ: “Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória”.

davam conta da existência de três fundamentos. Seriam eles, a ausência de natureza de obrigação de fazer ou de não fazer; a possibilidade de busca e apreensão; e, por último, a presunção de veracidade. Contudo, com base nos arts. 400, parágrafo único e 403, parágrafo único do CPC/15, grande parte da doutrina passou a defender a necessidade de cancelamento da Súmula³⁸⁶.

Com relação à exibição de documento ou coisa em face de terceiros, dará ensejo a um processo incidental. Também é possível que o juiz determine de ofício a exibição. Nesse caso, contudo, não se tratará de um processo incidente (apartado), mas de um incidente do processo. O terceiro será citado para responder em quinze dias, sendo aplicáveis aqui basicamente as mesmas regras de que falamos quanto à exibição proposta em face do adverso originário, com uma grande ressalva quanto à aplicação de sanção da presunção de veracidade quanto à terceiros, por ser inaplicável.

Acaso, porém, o terceiro negue a obrigação de exhibir o documento, será designada audiência “especial³⁸⁷” para a produção de prova oral.

A despeito de ser tratada como meio de prova, é em verdade um meio de obtenção de prova documental³⁸⁸ ou coisa já existentes e em posse de outrem. Assim como na PAP, ninguém prova com a exibição, mas se vale da “exibição” para conseguir uma prova, um meio de prova. Nesse sentido, entendemos que seja incabível um pedido de exibição de documentos dentro de um processo de produção antecipada e provas que corra pelo rito dos arts. 381 e ss.

O raciocínio é simples: a produção antecipada de provas e a justificação, bem como a exibição de documentos, são técnicas de produção de provas, não meios. Isso, por si só, não afastaria a possibilidade como se mencionou. Ocorre que dada a simplicidade do procedimento previsto no art. 381 e ss., que possibilita apenas a ampliação objetiva para outros “meios” de prova, não se pode requerer, incidentalmente, a exibição de documento, ou mesmo a exibição de documento ou coisa pelo rito do art. 381 e ss. A

³⁸⁶ O Fórum Permanente de Processualistas Cíveis elaborou o Enunciado 54 quanto ao tema, nos seguintes termos: “Fica superado o enunciado 372 da Súmula do STJ (“Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória”) após a entrada em vigor do CPC, pela expressa possibilidade de fixação de multa de natureza coercitiva na ação de exibição de documentos. Concordamos com tal entendimento, haja vista também entendermos aplicáveis as possibilidades do art. 139, IV.

³⁸⁷ Não há qualquer razão para a denominação diferenciada desta audiência, haja vista se tratar de audiência de instrução típica.

³⁸⁸ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, op. cit., p. 229.

exibição de documento já pode ocorrer de forma autônoma e antecipada. Assim sendo, será resolvida por sentença, cabendo contra ela apelação.

Em sentido oposto ao do CPC/73, o NCPC não prevê um procedimento “cautelar” destinado ao ajuizamento de demanda com objetivo específico de obtenção do documento ou coisa quando direcionada à parte potencial na demanda principal ou a terceiro potencial no segundo processo³⁸⁹. Assim, a doutrina se divide em dois grupos: há quem defenda que, quando o pedido se fundamentar no direito à prova (processual), deve seguir o regramento da produção antecipada de provas (arts. 381 a 383)³⁹⁰. De outro lado, há quem defenda que, havendo urgência, deve ser aplicado o procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente e, subsidiariamente, o da produção antecipada de provas³⁹¹.

Discordamos parcialmente deste último entendimento. Não entendemos ser cabível o processamento através do procedimento das tutelas provisórias em caráter antecedente, por inadequação entre os ritos – o que desnaturaria e tornaria inútil o regramento próprio da exibição, e por prever, em certas hipóteses, o prazo limitador de 30 dias para propositura de uma ação principal³⁹². De outro lado, entendemos que não pode haver vinculação a uma futura ação, que não é obrigatória em verdade. Pensar em um prazo poderia ensejar entendimento equivocado acerca de eventual desconsideração da prova ou a sua inutilidade acaso não houvesse ajuizamento de ação principal, além do fato de que as cautelares pressupõem urgência ou caráter instrumental, nem sempre presente na exibição. A antiga regra do art. 808, II, do CPC já não era aplicável, não havendo que se cogitar de tal hipótese agora³⁹³.

Entendemos que o procedimento a ser adotado quando houver requerimento de exibição de documentos em sede de processo autônomo de produção de provas em caráter antecedente com objetivo de obtenção de provas aptas a instruir futura demanda deverá

³⁸⁹ GONZALEZ, op. cit., p. 307.

³⁹⁰ RAMOS, 2015, op. cit., p. 681-682. Defende ainda, o autor, que acaso tenha como base direito material, seria possível se falar na utilização do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente (art. 303 e ss.). Já afirmamos discordar de ambas as perspectivas.

³⁹¹ BUENO, Scarpinella Cássio. A exibição de documento ou coisa, a súmula 372 do STJ e o Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Grandes temas do Novo CPC: Direito Probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 5, p. 358.

³⁹² De modo geral, os artigos 308 e 309, I são inaplicáveis no procedimento probatório antecipado.

³⁹³ Nesse sentido, YARSHELL, Flávio Luiz. Brevíssimas notas a respeito da produção antecipada da prova na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 14, p. 52-56. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 56.

ser o constante dos arts. 396 e ss.³⁹⁴. Apenas seria o caso de utilizar o regramento do art. 381 e ss. se o intuito fosse a produção de provas e não a mera exibição.

Talamini defende que quando a ação versar sobre casos de direito material à informação ou de acesso a documento ou coisa (CF, XXXIII, XXXIV, b e LXXII, a; CC art. 1.021 e lei 6.404/76, art. 105.), de forma genérica, não caberá a produção antecipada de provas³⁹⁵. Alega que, nesses casos, pois já haveriam mecanismos específicos de proteção, como o Habeas Data (CF, LXXII) ou pelas vias gerais de tutela (tutelas provisórias, inclusive em caráter antecedente).

A questão realmente é determinar com precisão quando a exibição versará sobre direito material ou processual. Acreditamos que, se formos pensar em medida de caráter processual, o meio mais indicado seria o da Exibição de documento ou coisa (para mera exibição) ou PAP, conforme art. 381 e ss. (caso haja necessidade de produzir a prova);

³⁹⁴ Quanto ao tema, recente decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONVERSÃO PARA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA PELO NCP. PRETENSÃO DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO. REGRAMENTO PRÓPRIO. A ação proposta pela parte requerente deve ser convertida para produção antecipada de prova nos termos do art. 381, inc. III, do NCP que admite a exibição de documento para conhecimento de fatos e justificar ou evitar ajuizamento de ação. REQUISITOS SEDIMENTADOS PELO STJ NA FORMA DO ARTIGO 543-C DO CPC/73 PARA A EXIBIÇÃO JUDICIAL DE DOCUMENTOS NÃO CUMPRIDOS. PEDIDO ADMINISTRATIVO FEITO DE FORMA IRREGULAR. A parte requerente comprovou ter solicitado o documento pela via administrativa, mas não obteve êxito na exibição. O STJ sedimentou que é requisito para a exibição de documentos o prévio pedido administrativo com concessão de tempo hábil para exibição, bem como o pagamento da tarifa de emissão de segunda via (caso cobrada), o que não foi cumprido pela parte requerente, uma vez que não há comprovação da procuração com poderes especiais para a prática do ato, já que a assinatura do pedido formulado não foi autenticada pela parte requerente. PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA FEDERAL. Desnecessário dar enfoque às questões à luz dos dispositivos legais e do enquadramento jurídico que a parte requerente imagina pertinente, porque foi suficiente a fundamentação para a solução dada com ostentação das teses jurídicas adotadas. Apelação não provida.

(TJ-SP - APL: 10423627820168260506 SP 1042362-78.2016.8.26.0506, Relator: Sandra Galhardo Esteves, Data de Julgamento: 28/06/2017, 12ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/06/2017). Na decisão em comento, houve a conversão da ação ordinária em produção antecipada de prova, sob o fundamento de que deveria a parte ter instruído sua pretensão antes de ingressá-la em juízo, não entendendo, neste caso, aplicável o regramento da exibição de documento ou coisa como possível de ser exercitado nos autos do processo á em andamento. A decisão nos parece equivocada, eis que aparentemente veda o incidente de exibição de documento ou coisa na ação de cobrança, bem como não reconhece o caráter jurisdicional à produção antecipada de prova, na medida em que afirma que “[...] o Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso repetitivo, sedimentou entendimento de que para requerer via judiciário à exibição do documento a parte requerente deve cumprir dois requisitos, quais sejam: formular pedido e conceder prazo hábil para que a parte contrária exiba o documento pela via administrativa e/ou recolher o valor referente à tarifa de emissão de 2ª via de documento. É o teor do Recurso Especial nº 1.349.453/MS”. No mesmo sentido, TJ-SP - APL: 10904709520168260100 SP 1090470-95.2016.8.26.0100, Relator: Tasso Duarte de Melo, Data de Julgamento: 21/06/2017, 12ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/06/2017. A despeito de não concordarmos com a decisão por alguns motivos, trata-se de interessante perspectiva, ao prever a conversão da ação ordinária em produção antecipada de prova.

³⁹⁵ TALAMINI, 2016, op. cit., p. 79.

se, contudo, o direito perseguido for material, talvez seja o caso de a parte escolher entre os regramentos dos arts. 396 e ss., 303 e ss., ou mesmo o *Habeas Data*.

Acreditamos que, independentemente, de envolver ou não a Fazenda Pública, nos casos em que se desejar obter documento ou coisa, há multiplicidade de opções dadas pelo legislador. A depender das circunstâncias que se apresentem para o interessado, poderá valer-se de um procedimento ou outro, sem que haja indicação de inadequação por isso. Trata-se, na visão seguida neste trabalho, de NJP unilateral do autor.

Questão delicada é no caso de haver demanda em desfavor da Fazenda Pública e que envolva atos administrativos. Ocorrerá, para o caso de não fornecimento dos documentos exigidos, a presunção de veracidade dos fatos nele baseados. Por outro lado, incide, em favor da administração, a presunção de legitimidade dos atos administrativos. Ou seja, haverá uma espécie de conflito de presunções. Segundo a doutrina, nesses casos, são previstos os seguintes critérios para a resolução de tais conflitos: a) no caso da presunção absoluta, esta prevalece sobre as demais; b) no caso do conflito entre presunção relativa e judicial, tanto pode o magistrado considerar esta como contraprova daquela, como pode concluir que a judicial não é, no caso concreto, elemento forte o suficiente para afastar a presunção relativa; c) no caso de conflito entre presunções de mesma espécie, a solução será buscada a partir da ponderação do caso concreto³⁹⁶. No caso específico do texto, teremos um conflito entre duas presunções relativas de natureza legal. Não haverá uma solução prévia para tal conflito, que dependerá de uma análise cuidadosa do caso concreto e dos seus elementos fáticos pelo magistrado.

Quanto ao seu sistema recursal próprio, o incidente contra a parte adversa está regulamentado nos arts. 396 a 400, cabendo, da decisão interlocutória, agravo de instrumento, conforme previsão do art. 1.015, VI. Além disso, rigorosamente, por ser decisão de mérito³⁹⁷, já seria agravável por força do art. 1.015, II³⁹⁸.

Detalhe é na hipótese de ser requerida a exibição contra terceiro, momento no qual se formará um processo incidental em relação ao principal, este sendo resolvido por sentença, contra a qual caberá recurso de Apelação³⁹⁹. Se, contudo, o juiz determinar, de

³⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: RT, 2009, p. 141.

³⁹⁷ Decisão inegavelmente terá conteúdo de sentença, mas ela não porá fim à fase cognitiva do procedimento, que continuará a sua marcha para a resolução dos pedidos não julgados naquele momento. É a decisão interlocutória de mérito. Art. 356, §5º.

³⁹⁸ DIDIER Jr; CUNHA, 2016, op. cit., p. 220.

³⁹⁹ Em sentido contrário, Bruno Vinicius Da Rós Bodart e Kátia Aparecida Mangone, o caso seria de decisão interlocutória agravável. Em posicionamento intermediário e peculiar, Marcelo Abelha defende que, acaso

ofício, ao terceiro, que exiba documento ou coisa, não haverá deflagração de novo processo, mas sim um incidente processual, incidindo na hipótese do art. 1.015, VI⁴⁰⁰.

4.4.4 Arguição de falsidade

O incidente se presta para apontar falsidade documental material ou quando queira impugnar o conteúdo, nos casos em que os fatos ali apresentados não estejam condizentes com a verdade (falsidade ideológica). A arguição de falsidade ideológica, contudo, só ocorrerá quando envolver documento testemunhal, haja vista a existência de instrumentos apropriados para quando a arguição versar sobre documentos que contenham declarações de vontade⁴⁰¹.

Tem por objeto uma questão de fato que é prejudicial ao julgamento do objeto litigioso, na medida em que saber se o documento é ou não falso, seguramente influenciará na decisão da controvérsia. A natureza, a priori, é de questão incidental, a despeito de poder haver o requerimento de resolução como questão principal.

O não oferecimento da arguição indicará a presunção de autenticidade do documento (art. 411, III), salvo quando ocorrer de erro de fato ou coação. Tal fato, contudo, não impede o ingresso de ação autônoma visando a declaração de falsidade do mesmo documento.

A falsidade documental deve ser suscitada na contestação, réplica ou mesmo em 15 dias contados da juntada do documento objeto do procedimento.

Tem legitimidade ativa o sujeito parcial contra quem foi produzido o documento e que possa vir a ser prejudicado por aquele. Deve ser relevante o documento, pois caso contrário, não haverá interesse na medida, salvo na esfera penal. A legitimidade passiva é daquele que produziu o documento taxado de falso pelo adversário, pouco importante

o pedido seja julgado improcedente, caberia Apelação, e, caso julgado procedente, seria decisão interlocutória, ensejando, respectivamente o cabimento de apelação ou agravo de instrumento. BODART, Bruno Vinicius Da Rós. Seção VI. Da Exibição de Documento ou Coisa. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 590. MANGONE, Kátia Aparecida. Seção VI. Da Exibição de Documento ou Coisa. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et al. (Coord.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.066-1.067. ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 585/586.

⁴⁰⁰ DIDIER Jr; CUNHA, 2016, op. cit., p. 220.

⁴⁰¹ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, op. cit., p. 235.

que haja litisconsórcio, não sendo possível também, a inclusão de terceiros, ainda que sejam os responsáveis pela origem do documento⁴⁰².

A preclusão não atinge o poder do juiz, que pode, a qualquer tempo, intimar as partes para averiguar eventual suspeita de falsidade, vindo a decidir sobre a matéria conforme sua convicção⁴⁰³. Nesse sentido, nos parece que, se o juiz poderá reconhecer de ofício, não há lógica que as partes não possam arguir a qualquer tempo, até mesmo por meio de petição simples.

A sistemática é simples. Via de regra a arguição de falsidade será feita em medida incidental, a não ser nos casos em que requeira que o juiz a decida como questão principal nos termos do art. 19, II, do CPC⁴⁰⁴.

Em outro sentido, o art. 10 obriga o juiz a possibilitar que as partes falem antes de reconhecer de ofício da falsidade do documento, possibilitando ainda, neste momento, que as mesmas pleiteiem que a questão seja resolvida de forma principal, dando-lhe aptidão para coisa julgada, numa exceção à regra de que as questões prejudiciais fazem coisa julgada.

O pedido de falsidade documental deve ser feito de forma completa, de modo que a petição já venha instruída com as provas que o requerente pretende produzir, tratando-se tal previsão de demonstração no interesse da sumariedade do procedimento.

O ônus da prova é de quem argui a falsidade, salvo quando disser respeito à assinatura lançada no documento, quando o ônus caberá a quem produziu (art. 429, II).

Uma vez deflagrada a arguição de falsidade, a parte contrária será intimada para se manifestar em quinze dias, sendo, após o transcorrer desse prazo, com ou sem manifestação, produzida prova pericial, que somente será dispensada acaso a parte que apresentou o documento concorde em retirá-la⁴⁰⁵.

⁴⁰² DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, op. cit., p. 237.

⁴⁰³ Daniel Neves entende que a preclusão também não deveria ser aplicada às partes, parecendo ter havido descuido do legislador neste sentido, reproduzindo previsão relacionada com a ação declaratória incidental de falsidade documental do CPC/73. Defende que a preclusão deveria recair quanto à oportunidade de a parte pedir que a falsidade seja declarada como questão principal, passando a incidir a coisa julgada material. NEVES, Daniel Assumpção. Da arguição de falsidade. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 608-614. No mesmo sentido, Fredie Didier, Paula Samo e Rafael Alexandria entendem que a arguição pode ser alegada a qualquer tempo e grau de jurisdição. DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, op. cit., p. 235.

⁴⁰⁴ Art. 19. O interesse do autor pode limitar-se à declaração: (...). II - da autenticidade ou da falsidade de documento.

⁴⁰⁵ NEVES, Daniel Assumpção. Da arguição de falsidade. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 608-614. O autor menciona que seria uma espécie de “arrepentimento eficaz” do direito penal.

A despeito de haver menção ao exame pericial na letra da lei, por analogia, não devem ser dispensados eventuais outros meios de prova que possam vir a ser empregados, desde que efetivamente contribuam para a finalidade pretendida. Nesse sentido, a depender do caso, vale dizer que a prova pericial poderá nem ser a melhor forma de se comprovar a falsidade⁴⁰⁶. Além disso, tal limitação significaria restringir o acesso à justiça, bem como ferir contraditório e ampla defesa.

Por fim, vale dizer que o NCPC não faz qualquer menção à suspensão do processo principal enquanto durar o incidente, não tendo replicado o art. 394 do CPC/73, de modo que a ação principal deve seguir seu trâmite normal – a despeito de sabermos que na prática, o que ocorre é o oposto. Da decisão caberá Apelação.

4.5 LEGITIMIDADE

A legitimidade para requerer a produção de prova antecipada abrange todos aqueles sujeitos, pessoa física ou jurídica, que justifiquem sua pretensão à luz da probabilidade ou certeza do ajuizamento de uma ação; aqueles que tenham interesse na produção fundada na urgência, por não poder aguardar o momento “adequado” previsto em lei para tanto (PAP incidental); aqueles que queiram conhecer melhor dos fatos ou assegurar melhor posição em eventual defesa; ou ainda aqueles que queiram meramente documentar algo sem finalidade contenciosa.

A pertinência subjetiva (legitimidade) ativa ou passiva aqui pouco importa para a posição que o interessado venha a ocupar num processo futuro em que se valeria da prova. Portanto, não importa se na produção antecipada de prova determinado sujeito foi autor, réu ou terceiro interessado, não havendo vinculação quanto ao processo que poderá surgir para utilização daquela prova⁴⁰⁷.

Quanto à legitimidade passiva, que aprofundaremos mais a frente neste trabalho, vale dizer que “deve ser incluído no polo passivo, como “réu”, todo aquele contra o qual se possa pretender futuramente, de algum modo, utilizar a prova. Por mais incerto e eventual que seja o uso futuro da prova em outro processo, cabe observar esse parâmetro.

⁴⁰⁶ Por vezes um vídeo pode demonstrar uma pessoa forjando um documento, fato que eventual perícia pode não alcançar. É o caso do fraudador que alega não ter assinado um determinado contrato e a perícia atesta tal fato, mas quando há apuração mais aprofundada, conclui-se que a perícia se equivocou, pois periciou uma mão enquanto que o contrato foi propositadamente assinado com a outra mão justamente para evitar a identificação. Um vídeo atestando o momento em que a parte assina e algo muito mais firme.

⁴⁰⁷ TALAMINI, 2016, op. cit.

A prova produzida sem a presença do adversário é despida de valor, não sendo admissível no processo subsequente^{408,409}.

Genericamente, embora não peremptoriamente, cabe a afirmação de que os titulares do direito material que futuramente poderá ser debatido, são os legitimados na PAP⁴¹⁰. Evidente que o instituto prevê um sem fim de situações, mas essa pode ser uma afirmação interessante.

Mesmo nas hipóteses em que a finalidade da PAP não seja a de assegurar ou pré-constituir determinada prova, mas sim de incentivar a autocomposição ou permitir o juízo acerca das chances em eventual e futura demanda em que se discuta o direito material controvertido, é relevante a participação de todos os interessados e potencialmente atingidos (que possam ser tocados pela eficácia da prova), pois a sua presença no procedimento probatório antecipado qualifica a prova, ampliando as chances de que ela cumpra essas funções e assegurando a eficácia da prova. “De outro lado, tendo em vista que se reconhece o direito autônomo à prova, cabe fazê-lo em sua plenitude, em sua dimensão bilateral, intersubjetiva”⁴¹¹.

Já com relação à hipótese de justificação para simples conservação/documentação sem caráter contencioso, prevista nos termos do art. 381, § 5.º, poderá não haver legitimado passivo (art. 382, § 1.º, parte final). “Tal regra, que constitui verdadeira exceção, merece interpretação restritiva, haja vista que, conforme já mencionado, basta a potencialidade de conflito para que se imponha a citação de réus na produção antecipada, ainda que por edital – sob pena de esterilidade da prova ali produzida”, conforme já anteriormente mencionado⁴¹². A potencialidade da existência de conflito é algo difícil de se afastar quando se determina de outro lado que há necessidade de demonstração do interesse para a antecipação da produção da prova.

Vale dizer, seguindo pensamento adotado por Talamini, que o interesse na correta formação dos polos da produção antecipada de provas não é apenas de responsabilidade

⁴⁰⁸ TALAMINI, 2016c, op. cit.,

⁴⁰⁹ A priori, a prova que não é produzida em contraditório não tem eficácia perante os sujeitos pretendidos. Defendemos aqui uma peculiaridade que é o caso de ser citado o sujeito indicado pela parte requerente e este não se manifestar. Entendemos pela anuência, aplicando-se um espécie de “revelia” que inviabilizaria impugnação da utilização daquela prova no processo futuro sob alegação de afronta ao contraditório ou de vícios formais. Seria uma espécie de estabilização da prova. Não haveria interesse que a prova fosse refeita. Quanto ao tema, ainda neste trabalho, ver subtópico “Sentença e entrega dos autos”.

⁴¹⁰ YARSHELL, 2016, op. cit., p. 1. 034.

⁴¹¹ TALAMINI, 2016, op. cit., p. 90.

⁴¹² TALAMINI, 2016, op. cit., p. 90.

do requerente, que poderia, com isso, limitar a eficácia da prova produzida. Segundo o autor, interessa diretamente à jurisdição não promover medidas inúteis, como tenderia a ser a produção antecipada sem contraditório, obviamente naqueles casos em que haja caráter contencioso⁴¹³.

Afirma que, por este motivo, o art. 382 prevê a possibilidade de citação dos interessados de ofício pelo juiz, sendo tal conduta exceção ao princípio geral do código, segundo o qual a inclusão de alguém dependeria da manifestação do autor. Finaliza sustentando que, mesmo a despeito da possibilidade de atuação ativa concedida ao juiz, permanece o ônus da parte requerente de indicar todos que possam ser interessados, bem como dando aos mesmos a oportunidade de (efetivo) contraditório.

4.5.1 Litisconsórcio⁴¹⁴

A ligação entre o direito à prova e a situação substancial tem relação com o regramento do litisconsórcio. Na PAP pode haver litisconsórcio ativo, passivo ou mesmo misto. Não há óbice aparente na lei.

Pode formar-se inicialmente ou em momento ulterior, haja vista principalmente a possibilidade de intervenção de terceiros.

Com relação a eventual litisconsórcio facultativo, previsto no art. 113, do CPC/15, assim como no procedimento comum, poderá ocorrer na ação probatória autônoma. Isso desde que haja a possibilidade de racionalização da prestação jurisdicional, seja pela celeridade e economia processual, que importa na noção de aproveitamento dos atos, ou mesmo pela preservação de decisões harmônicas⁴¹⁵.

Assim, “uma vez constituído, o litisconsórcio será unitário⁴¹⁶”. Trata-se de pura lógica, haja vista que o resultado se apresenta para todos de maneira uniforme, mesmo porque não há atividade valorativa, nem julgamento quanto à relação material. Pouco importa qual o intuito ou futura utilização da prova por parte dos interessados (quando

⁴¹³ TALAMINI, 2016, op. cit., p. 90.

⁴¹⁴ Sobre o tema, sempre a maior referência: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2009.

⁴¹⁵ YARSHELL, 2016, op. cit., p. 1.036.

⁴¹⁶ YARSHELL, 2016, op. cit., p. 1.036.

menos, no mais das vezes, o requerente visará utilizá-la contra o requerido, e vice-versa), haja vista que a prova ali produzida como resultado se apresenta incindível⁴¹⁷.

Também se pode cogitar o litisconsórcio necessário⁴¹⁸ quando o direito à prova for também um dever legal⁴¹⁹. Ocorrerá, por exemplo, no âmbito de investigação a cargo de agentes públicos que tem o dever de fazê-la, como é o caso do MP em certas situações. Assim, relacionando-se a situação material com uma pluralidade de sujeitos, a busca e pré-constituição da prova deverá envolver todos eles. É o que resulta, nas palavras de Yarshell, da indisponibilidade do direito à prova fundada na premissa da prova como dever legal. Relaciona-se com a impessoalidade e igualdade, em certa medida, eis que é algo indivisível para o sujeito ativo, devendo assegurar que toque nos sujeitos passivos de forma igual⁴²⁰.

No mais, na hipótese de o litisconsórcio ser necessário e unitário, todos os legitimados devem ser trazidos a ele. Tal obrigação se justifica na medida em que a ineficácia da prova em relação àquele que não participou da sua produção embora possa não inviabilizar a prestação jurisdicional, pode comprometê-lo sobremaneira. É o caso, por exemplo, da prova antecipada que não mais poderá ser produzida. Nestes casos, dada a unitariedade, acaso o fato diga respeito a diversas pessoas semelhantemente, não poderá se chegar a um ponto em que a prova comprove para um e não para outros. Ou seja, o momento da produção era um só – seja porque pereceu a prova ou por qualquer outro motivo – e por uma formalidade (grave), o direito que se embasava naquilo pode restar ameaçado⁴²¹.

Também poderá ocorrer a partir de NJP celebrado antes do processo, bastando que haja celebração de negócio onde se preveja que eventual propositura de demanda decorrente de questão daquele contrato, deverá ser dirigida contra todos os contratantes.

O código menciona o indeferimento de novas provas no mesmo procedimento de antecipação da produção probatória, acaso acarrete excessiva demora. Contudo, não se manifesta quanto à demora na citação do requerido originário, o que, em hipóteses em que não haja urgência – ou mesmo naquelas que pressupõem *periculum in mora*, desde que já deferida a tutela liminar – nos leva a crer que vale a pena esgotar todos os meios

⁴¹⁷ YARSHELL, 2016, op. cit., p. 1.036.

⁴¹⁸ O litisconsórcio será necessário quando for unitário ou quando a lei previr expressamente. Art. 114, CPC.

⁴¹⁹ YARSHELL, 2016, op. cit., p. 1.036.

⁴²⁰ YARSHELL, 2016, op. cit., p. 1.036.

⁴²¹ YARSHELL, 2016, op. cit., p. 1.036.

possíveis de tentativa de citação dos interessados, para apenas após se certificar disso (talvez até chegando a promover uma citação ficta), chegar à produção da prova. Seria forma de resguardar a eficácia, especialmente de prova frágil em relação à sua duração, ou que tenha objeto que se perderá com o tempo.

Há interesse público na produção da prova antecipada, de modo que esta deve ser feita da melhor maneira possível, respeitadas as formalidades e contando com a participação do máximo de interessados possível.

Contudo, para que o litisconsórcio seja necessário conforme visto acima, não basta que haja entre os sujeitos mera comunhão de fatos, seguindo-se aqui, estritamente quanto às provas, o regramento geral do litisconsórcio necessário.

Por fim, não visualizamos a possibilidade de formação de litisconsórcio multitudinário⁴²² em sede de produção antecipada de provas, dada a simplicidade procedimental. Não se trata de saída mais fácil, mas sim de pensar nas múltiplas possibilidades e variações procedimentais que podem ocorrer, haja vista a existência de margem de atuação, o que seguramente comprometeria o tempo de duração e a defesa, gerando o fracionamento do processo, o que entendemos incompatível com a PAP.

No entanto, não negamos a possibilidade sem cogitar a hipótese de litisconsórcio multitudinário em que os sujeitos passivos sejam representados pelo mesmo patrono, o que poderia viabilizar a sua existência, dada a ausência de valoração quanto aos fatos e à existência de contraditório limitado. Contudo, do mesmo modo, não poderia haver a cisão do processo, nem de ofício e nem a requerimento da parte.

4.6 PETIÇÃO INICIAL E ADMISSIBILIDADE

A petição inicial deverá conter as razões que justifiquem a necessidade de antecipação da prova⁴²³ e mencionará com precisão o suporte fático sobre o qual a prova deve recair, fundamentando a necessidade da medida com base no art. 381, e preenchendo os requisitos do art. 382, quais sejam: a) as razões que ensejam a antecipação da prova e

⁴²² Previsto no art. 113, §1º, do CPC, trata-se de litisconsórcio facultativo ativo com uma multidão de pessoas no polo ativo, de modo que pode comprometer o direito de defesa ou inviabilizar a rápida solução do litígio. Nesses casos, haverá divisão do processo em vários.

⁴²³ A necessidade de produção jamais poderá se vincular a apenas as hipóteses de urgência. É importante que essa noção fique bem afixada e que o entendimento seja o da necessidade de demonstração das hipóteses do art. 381, ou demais hipóteses que por ventura se assemelhem a estas. A necessidade de antecipação também não se confundirá com a necessidade de produzir a prova como em uma eventual instrução.

a necessidade da produção; e b) menção precisa aos fatos sobre os quais a prova será produzida. Também deve seguir os requisitos do art. 319 e 320 no que couber, por se tratarem de regras gerais em matéria de petição inicial, às quais todos os procedimentos estão vinculados.

A necessidade de pedir a antecipação da prova é, na verdade, o interesse processual no ajuizamento da medida. Assim, não demonstrando o requerente a existência da necessidade da antecipação, o pedido deve ser extinto sem conhecimento do mérito⁴²⁴, após intimação para emendar a inicial, nos termos do art. 321, do CPC.

Há quem fale na necessidade de se demonstrar na petição inicial a relevância da prova a ser produzida, indicando de forma clara os motivos pelos quais deva ser processado seu pedido em juízo; a situação de potencial autor de alguma possível ação e porque a prova não poderia ser produzida fora do Poder Judiciário⁴²⁵.

Acreditamos haver alguns equívocos nesse entendimento, haja vista a rigidez com que trata a possibilidade de utilização da medida. E isso porque se além à ideia de produção de prova antecipada para viabilizar ajuizamento de ação, quando também é apta a viabilizar a defesa em processo eventual e futuro. Depois, porque a questão da opção por produzir a prova em juízo ou não, não pode ser colocada, haja vista o amplo acesso ao judiciário e à produção de prova que o sistema garante, tendo sido reconhecido o direito autônomo à prova, o que vai em sentido diametralmente oposto.

Concordamos, contudo, quando a reflexão proposta revela a necessidade de haver uma avaliação por parte do juiz, acerca da produção requerida, levando em conta a plausibilidade da postulação e a verossimilhança envolvida, a despeito de entender que, havendo dúvida, deve ser priorizado do direito à produção da prova.

Difícil imaginar casos em que o juízo de admissibilidade será negativo. Para que isso seja possível, teria o magistrado de negar a abstrata possibilidade que têm as partes de conhecer melhor dos fatos, de modo a avaliar, dentre outras questões, suas chances em juízo. Também poderá ocorrer quando a prova a ser antecipada puder ser produzida extrajudicialmente, ou mesmo na hipótese de não haver a devida apresentação dos fatos *probandos*.

Quanto à causa de pedir, tratam-se das razões que justificam a necessidade da prova, momento em que o requerente deverá indicar os fundamentos de fato e de direito

⁴²⁴ NERY Jr.; NERY, op. cit.

⁴²⁵ ALVES, André Bruni Vieira. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência. In: *Coleção grandes temas do NCPC: Direito probatório*, v. 5., 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

que justificam o requerimento, bem como deverá deduzir o pedido de antecipação da prova, que deve ser certo determinado (Arts. 322 e 324, do CPC), com suas especificações. Necessário, portanto, indicar o fato *probando* objeto da antecipação, de forma precisa. Conforme veremos adiante, não há limitação apenas aos fatos, podendo haver menção a fatos, situações ou relações jurídicas.

A doutrina ainda fala em dever de contextualizar a relevância da prova para a contribuição e resolução em eventual conflito, sendo pretensão ou defesa⁴²⁶.

Em outras palavras, seguindo a regra geral em matéria de produção de provas, deverá determinar com precisão os fatos sobre os quais a prova deverá incidir, delimitando exatamente o objeto do procedimento.

Apesar da simplificação, não abandonou a linha da substanciação, ou seja, a necessidade de elencar a causa de pedir remota e próxima. Isso porque, ao indicar a causa remota, o juiz determinará ou não tal método de produção da prova.

Também é certo que o autor, no procedimento de produção antecipada de provas, já deverá indicar, tanto quanto possível, os detalhes da produção das provas desejadas⁴²⁷, estes entendidos como, por exemplo, o rol de testemunhas quando da produção de prova testemunhal, a indicação dos assistentes técnicos e quesitos, no caso da prova pericial, e isso tudo com vistas ao atendimento da celeridade processual e simplicidade procedimental, estabelecidos no código.

É possível a cumulação simples de pedidos⁴²⁸, no sentido de haver a produção de mais de uma prova⁴²⁹. Em outros termos, é possível a utilização de mais de um meio de prova quando da formulação do pedido de produção antecipada de provas. Apenas a título exemplificativo, caberia o requerimento de prova pericial e testemunhal quanto a um mesmo fato.

Demais disso, há de ocorrer a adequação da prova antecipada. A prova que se visa produzir antecipadamente deve se prestar a viabilizar o conhecimento acerca de determinada proposição.

⁴²⁶ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Parte geral: institutos fundamentais. V. 2. T. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁴²⁷ DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, op. cit., p. 139.

⁴²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. v. 2. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 318.

⁴²⁹ Daniel Neves critica o permissivo legal, afirmando que seria mais coerente que houvesse homologações individuais (parciais) de cada meio de prova, logo após sua produção, sempre que não fosse possível a produção concomitante. NEVES, 2016, op. cit., p.1467-1468.

4.6.1 Efeitos da propositura de processo autônomo de produção de prova

Via de regra, a distribuição da qualquer ação é capaz de produzir determinados efeitos. Em uma visão grosseira, a simples elaboração de uma inicial não significa nada, ou seja, não produz efeitos no mundo jurídico, contudo, uma vez encaminhada ao Estado-juiz, ou seja, a partir da distribuição, alguns efeitos já são constatados. Basicamente, fala-se na *perpetuatio jurisdictionis* e na prevenção do juízo.

Pois bem. Vale aqui analisar quais os efeitos jurídicos da distribuição de uma ação probatória antecipada. As hipóteses tratadas abarcarão a produção em caráter antecedente, haja vista que, acaso a prova antecipada seja incidental, os efeitos da distribuição da ação principal já lhe abraçariam.

Nesse sentido, vale dizer que a regra geral é a de que, não havendo exteriorização da pretensão que eventualmente a parte poderá exercer e sobre a qual recairá a prova, a distribuição da ação probatória autônoma não seria capaz de suspender a prescrição. Tal entendimento é muito lógico e encontra embasamento no entendimento sedimentado na súmula 154, do STF⁴³⁰.

Contudo, o entendimento de outro lado também faz todo sentido. Isto para os casos em que a prova antecipada tenha na sua causa de pedir a externalização suficiente a se depreender dali, com total clareza, a pretensão de utilização em processo futuro, deixando a eventualidade de lado. Nesses casos, segundo o STF, a prova poderá assumir conotação de protesto, apta a funcionar como causa interruptiva da prescrição⁴³¹.

Nestes casos, feita a citação, aplica-se o art. 240, do CPC.

Com relação ao prazo decadencial, a doutrina entende que a prova antecipada não terá o condão de interrompê-lo. Isto porque, a ele não se aplicam as regras de interrupção da prescrição (art. 207, do CC)⁴³².

Pensamos que, com relação a este ponto, poderia haver outro entendimento. O CDC, em seu art. 26, trata, entre outras providências, das hipóteses em que se obsta a decadência, dentre as quais se encontra, especificamente no inciso II, do §2º, a instauração

⁴³⁰ “Simple vistoria não interrompe prescrição”. Assim, sendo a vistoria hipótese de prova antecipada, na modalidade perícia, pode-se extrair uma diretriz, que atesta o entendimento mencionado.

⁴³¹ Sobre o tema, arts. 197 a 201 do Código Civil Brasileiro.

⁴³² Nesse sentido, “Por exemplo, se a medida é preparatória de futura ação de anulação (que se submete a prazo decadencial), o prazo de decadência fluirá mesmo enquanto tramitar o procedimento antecipatório da prova.” (TALAMINI, 2016, op. cit., p. 92.)

de inquérito civil, até o seu encerramento. Tal dispositivo encontra-se na seção IV, do CDC, a qual trata das regras gerais quanto à prescrição e decadência.

Assim, havendo clara aproximação entre os institutos do inquérito civil e da produção antecipada de provas, podemos crer que o regramento quanto à decadência seria aplicável, não sendo o caso fluir o prazo quando do advento da propositura da PAP.

Trata-se de interpretação lógica do sistema, que leva em conta a analogia, por se tratarem de técnicas semelhantes com basicamente o mesmo objetivo. Nesse sentido, o inquérito civil poderia ser até menos relevante para o sistema, haja vista que se trata de instrumento facultativo e extrajudicial, enquanto que a prova antecipada, além de também vincular-se (no mais das vezes) a uma pretensão futura, é produzida judicialmente.

No que se refere à constituição em mora, aplicam-se as mesmas noções gerais. A constituição e mora pode nem mesmo depender de providência judicial. Assim, havendo explanação da futura pretensão, a produção antecipada também poderá servir para constituir em mora, tanto quanto servirá para obstar a prescrição ou decadência. Caso contrário, em que não se possa vislumbrar com clareza se há pretensão de utilização da prova em futuro processo ou mesmo não havendo informação expressa nesse sentido, não haverá constituição em mora⁴³³.

Quanto à prevenção do juízo, já houve análise mais aprofundada neste trabalho, no sentido de se seguir a determinação expressa no código de que não haverá, via de regra. Contudo, como também já afirmado, havendo posterior ajuizamento de outra ação de produção de prova, que verse total ou parcialmente sobre o mesmo objeto, caberia a reunião das ações, no juízo em que tramita a anterior, conforme regramento da Seção II do CPC/15 (arts. 55, 58 e 59, do CPC)⁴³⁴.

Também defenderemos ao final a possibilidade de reunião de ações probatórias autônomas sob a perspectiva da produção conjunta de provas.

4.7 COMPETÊNCIA

A competência de foro para a propositura da ação de produção antecipada de prova está determinada no art. 381, §§ 2º, 3º e 4º, do CPC/15. O NCPC pretendeu esgotar as controvérsias existentes ao tempo do CPC/73, como, por exemplo, a dificuldade de

⁴³³ TALAMINI, 2016, op. cit., p. 92.

⁴³⁴ TALAMINI, 2016, op. cit., p. 92-93.

produzir prova quando o objeto se encontrava em comarca distante do foro competente para ajuizamento da ação principal.

A disciplina legal conferida, a despeito de muito criticada, foi coerente com a natureza autônoma do processo probatório, desvinculando o mesmo do processo “principal”⁴³⁵. Trata-se de alteração lógica e coerente, haja vista que, se pelo CPC/73 já existia tal “independência” no caso da prova antecipada fundada na urgência (cautelar), razão não existia para a consagração também nos casos em que não se pressuponha *periculum in mora*.

Demais disso, o CPC desvincula, de uma vez por todas, o foro de competência da produção antecipada do futuro juízo onde tramitaria a eventual ação principal.

O §2º, do art. 381 cria hipóteses de foros concorrentes⁴³⁶ (ou alternativos⁴³⁷) para a produção da prova; aquele onde a prova deva ser produzida⁴³⁸ ou o do juízo do foro de domicílio do réu. Trata-se de hipótese de fórum shopping. É competência determinada pelo critério territorial, sem qualquer ressalva legislativa específica, sendo, portanto, caso de competência relativa⁴³⁹. Em todo caso, a escolha do foro será feita pelo autor⁴⁴⁰, salvo

⁴³⁵ YARSHELL, 2015, op. cit., p. 1.208.

⁴³⁶ CÂMARA, Alexandre. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 239.

⁴³⁷ YARSHELL, 2015, op. cit., p. 1.029.

⁴³⁸ Fredie Didier revela a existência de clara inspiração no Código de Processo Civil Português, art. 83º, 1, “d”): “d) As diligências antecipadas de produção de prova serão requeridas no Tribunal do lugar em que hajam de efetuar-se”. (DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, op. cit., p. 142.)

⁴³⁹ DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, op. cit.

⁴⁴⁰ Recente decisão do STJ quanto ao tema, a qual segue transcrita na sua totalidade, por conta da pertinência: “Trata-se de conflito negativo de competência instaurado entre o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Sertãozinho/SP, na condição de suscitante, e o Juízo Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária de Ribeirão Preto/SP, cujo objeto consiste na definição da competência para processar e julgar ação autônoma de produção antecipada de prova pericial proposta por Sergomel Mecânica Industrial Ltda. contra o Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI e a Universidade Federal de São Carlos - UFSCAR. O Juízo Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária de Ribeirão Preto/SP, ora suscitado, declinou, de ofício, da competência a ele atribuída para a Justiça Comum estadual ao fundamento de que “a possibilidade de escolha do juízo competente justifica-se para garantir a segurados e beneficiários da Previdência Social presumivelmente hipossuficientes o amplo acesso ao Judiciário, possibilitando-lhes o ajuizamento das ações no local de seus domicílios e, com isso, evitando-se deslocamento e gastos desnecessários” - fl. 358 (e-STJ). Recebido o feito, suscitou o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Sertãozinho/SP o presente conflito de competência sob os seguintes fundamentos (fls. 01/04, e-STJ): Ora, a delegação de competência é estabelecida a favor do sujeito ativo. Isso significa que, se beneficiado pela delegação de competência escolheu distribuir sua demanda na Justiça Federal, não pode o Juízo Federal para quem coube o processo declinar de sua competência para o juízo estadual. Encaminho a Vossa Excelência cópia do integral do processo, que, nesta 2ª Vara Cível de Sertãozinho, foi distribuída com a numeração 0002636-98.2017, e, no T Vara Federal da Subseção Judiciária de Ribeirão Preto, com a numeração 5000439-69.2016.4.03.6102. Instado, o Ministério Público Federal opinou pela declaração de competência do Juízo Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária de Ribeirão Preto/SP, em parecer cujo teor ficou assim ementado (fls. 368/372, e-STJ): EMENTA. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO FEDERAL X JUÍZO ESTADUAL. AÇÃO DE PRODUÇÃO DE PROVA ANTECIPADA CONTRA O INPI. AUTARQUIA FEDERAL. COMPETÊNCIA RELATIVA. ART. 381, § 4º DO CPC/15, FACULDADE DADA AO AUTOR. SÚMULA Nº 33 DO STJ. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL. CONHECIMENTO DO

nos casos de PAP sem caráter contencioso, onde, por óbvio, o foro será o do local onde a prova deva ser produzida⁴⁴¹.

CONFLITO. É o relatório. Decido. Conheço do conflito com fundamento no art. 105, I, d, da Constituição da República, por se tratar de incidente instaurado entre juízos vinculados a Tribunais distintos. 1. Cinge-se a controvérsia na definição do Juízo competente para o processamento de ação de produção antecipada de prova pericial proposta por Sergomel Mecânica Industrial Ltda. contra o Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI e a Universidade Federal de São Carlos - UFSCAR. Depreende-se da análise dos autos que a demanda subjacente ao presente conflito tem como objeto "a apuração do estado da técnica, em matéria de propriedade industrial, a fim de ser previamente estabelecido eventual domínio público, ou à quem pertence eventual direito, ou ainda, aferir se a patente BR 202013017284-2 possui os requisitos necessários para a sua concessão, de forma a propiciar lastro probatório mínimo para o ajuizamento de futura demanda na qual pleiteará a nulidade da patente se for o caso, de modo a demonstrar que a produção, em momento anterior, possui aptidão, também para conduzir as partes a uma composição ou evitar o ajuizamento de uma nova ação, o que, certamente, trará grande benefício às partes envolvidas e ao próprio judiciário" - fl. 15 (e-STJ). Conforme a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a competência da Justiça Federal é absoluta, *ratione personae*, sendo definida quando a União, autarquias ou empresas públicas federais, forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal. Leva-se em consideração a natureza das pessoas envolvidas na relação processual, sendo irrelevante a natureza da controvérsia sob o ponto de vista do direito material ou do pedido realizado na demanda, consoante preconizado pela Carta Magna nos seguintes termos: Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; Neste contexto, ante manifesto o interesse jurídico do INPI e da Universidade Federal de São Carlos - UFSCAR em integrar a lide, no polo passivo, nos termos do art. 57, da Lei 9.297/96, evidencia-se a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito. Neste sentido: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO À SUSPENSÃO DA COBRANÇA DE ROYALTIES. DECLARAÇÃO DA NULIDADE DA PATENTE APENAS COMO QUESTÃO PREJUDICIAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. A nulidade da patente, com efeito *erga omnes*, só pode ser declarada em ação própria, proposta pelo INPI, ou com sua intervenção - quando não for ele o autor -, perante a Justiça Federal (Lei 9.279/96, art. 57). Porém, o reconhecimento da nulidade como questão prejudicial, com a suspensão dos efeitos da patente, pode ocorrer na Justiça Estadual. Precedentes. Agravo Regimental improvido. (AgRg no CC 115.032/MT, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/11/2011, DJe 29/11/2011) DIREITO COMERCIAL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA DE PATENTE. PAGAMENTO DE ROYALTIES. AUSÊNCIA DE INTERESSE DO INPI. DISPUTA ENTRE PARTICULARES A RESPEITO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS REFERENTES AO PAGAMENTO. ALEGAÇÃO DE ONEROSIDADE EXCESSIVA. TEORIA DA IMPREVISÃO E CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS. I - A competência da Justiça Federal se firma somente naqueles casos em que a União, suas autarquias ou suas fundações efetivamente participem como autoras, réis, assistentes ou oponentes (CF, art. 109). II - Na ação em que se discute apenas o pagamento do valor da remuneração pelo uso da patente, relação de interesse estritamente privado, não é necessária a intervenção do INPI, razão pela qual é competente para o julgamento do feito a Justiça Estadual. Recurso Especial improvido. (REsp 1046324/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/09/2010, DJe 24/09/2010). Ademais, como bem destacado pelo Ministério Público Federal em sua manifestação, "a ação inicial proposta é contra o Instituto Nacional de Propriedade Industrial, autarquia federal, bem como contra a Universidade Federal de São Carlos, também autarquia federal. Incide, portanto, o art. 109, I e § 2º da Constituição Federal, sendo da competência do juízo federal. Por conseguinte, o Autor possui a faculdade de propor a ação na seção judiciária em que for domiciliado, naquele onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou ainda, no Distrito Federal. Dessa forma, a competência é relativa, cabendo ao Autor escolher onde propor ação, nos termos do art. 109, § 2º, da CF" - fl. 370 (e-STJ). 2. Ante o exposto, com amparo no parecer oferecido pelo Ministério Público Federal, conheço do conflito para declarar a competência do Juízo Federal da 7ª Vara da Seção Judiciária de Ribeirão Preto/SP, ora suscitado. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 21 de junho de 2017. MINISTRO MARCO BUZZI Relator". (STJ - CC: 152190 SP 2017/0102623-7, Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Publicação: DJ 27/06/2017).

⁴⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. v. 2. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 317.

Na primeira hipótese, o legislador adotou o critério territorial funcional, muito justificável, haja vista que a proximidade entre o juízo e a fonte da prova seguramente é fator de facilitação da prova, especialmente quanto à economia de tempo e dinheiro. De outro lado, a segunda regra (domicílio do réu), encampou critério territorial puro, seguindo regra geral do código, no sentido de que o réu deve ser demandado no foro do seu domicílio.

Como regra geral, uma vez havendo possibilidade de escolha do foro onde será proposta a ação, deve-se observar os princípios da boa-fé e da competência adequada⁴⁴². Isto porque não faz qualquer sentido que seja proposta demanda de produção antecipada de prova sobre um imóvel em foro distinto do local daquele onde a prova será produzida, o que obrigaria o juízo a expedir uma carta⁴⁴³.

Nesse sentido, há quem defenda que o foro do domicílio do réu deve ser encarado como foro excepcional, cabível em dadas circunstâncias apenas, como no caso da produção antecipada de depoimento da parte, hipótese em que o foro de domicílio do réu seria realmente o mais adequado.⁴⁴⁴ Seria o melhor entendimento acaso a lei o tivesse feito prioritário em função do cunho de interesse público do critério.

Em sentido contrário, Daniel Amorim Assumpção Neves defende, mesmo entendendo a péssima opção do legislador⁴⁴⁵, bem como as consequências do seu entendimento (processo correr por meio de carta precatória), que tal conduta acabaria por

⁴⁴² Também incidem aqui cooperação e efetividade, nos termos dos artigos 4º, 5º e 6º do CPC.

⁴⁴³ DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, op. cit., p. 142.

⁴⁴⁴ Nesse sentido, DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, op. cit., p. 142. AMARAL, Osternack Paulo. *Provas. Atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: RT, 2015. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil, artigo por artigo*. RT, 1º, ed. São Paulo, 2015, p. 660.

⁴⁴⁵ O legislador poderia ter sido mais claro neste aspecto. Se o escopo da produção antecipada é facilitar a sua produção, não nos parece razoável admitir, em certas circunstâncias, que o sujeito requerente da medida possa ajuizar demanda contra um réu em local absolutamente distante daquele onde o pacto foi celebrado, por ser o domicílio do réu, por exemplo. Também pode haver conflito em relação à competência quando a ação envolver consumidor e fornecedor, sendo certo que as regras absolutas prevalecerão, haja vista que, a despeito de não haver valoração ou análise de fatos que pertenceriam à demanda principal, existem circunstâncias indissociáveis da produção da prova. Mais adequado e mais alinhado com doutrina e jurisprudência talvez fosse a previsão de que a competência para a produção da prova fosse determinada como sendo o local onde a esta melhor pudesse ser produzida. Nesse sentido, AgRg nos EDcl no Ag 727699/ES, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., j. 07/12/2006, Dj, 18/12/2006, p. 372. Quanto ao tema, Yarshell compartilha a visão crítica, entendendo que o legislador colocou em pé de igualdade “regras inspiradas em critérios diversos”. (YARSHELL, 2015, op. cit., p. 1.028-1.029). Em sentido contrário: “Ambas as hipóteses favorecem a efetividade da medida, seja pela proximidade com a prova a ser tomada, seja por favorecerem o contraditório do réu. Por isso, pode o autor eleger qual dos dois lugares é mais apropriado para este procedimento”. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, op. cit., p.1.037.)

revogar parcialmente o dispositivo, na prática⁴⁴⁶. Entende que a ação probatória não é acessória – até porque nem sempre existirá uma ação principal posterior à qual se vincule a probatória – de modo que seria inaplicável o art. 61, do CPC⁴⁴⁷.

O primeiro entendimento realmente não nos parece o mais adequado. Inicialmente porque a expressão “onde esta deva ser produzida” não nos traz qualquer certeza quanto ao local da produção da prova, podendo ser, no depoimento pessoal, uma imposição o domicílio do réu, e nas ações que versem sobre direitos reais imobiliários, o foro da situação do bem, por exemplo. Se a ação tiver por objeto mais de uma prova, isso conduz à necessidade de expedição de cartas. Também é o caso de necessidade de produção de prova pericial em um caminhão sem pouso certo, ou mesmo perícia em um certo servidor ou sistema de proteção de site de comércio virtual⁴⁴⁸.

Ou podemos interpretar que “onde esta deva ser produzida” necessariamente remete ao regramento geral do CPC e então nos ater ao capítulo que trata de competência. Diante da incerteza do quanto previsto na primeira hipótese do §2º, certo é que a previsão da parte final do § traz uma garantia ao réu, assemelhando-se à regra geral residual do código e visando viabilizar o contraditório. Na ausência de uma determinação, que seja o domicílio do réu o local da produção da prova.

Também não se poderia ignorar o dispositivo legal, posto que não nos parece inconstitucional. Seguro nos parece que deve ser respeitado o regramento relativo à competência absoluta, ou seja, havendo determinação absoluta do local da tramitação da ação principal, a prova obrigatoriamente deva ser produzida naquela localidade⁴⁴⁹.

Nos parece mais prudente pensar que a ideia de se ajuizar ação no foro do réu só pode ser cogitada nos casos em que, a partir de ato exclusivo deste, venha a ser utilizado determinado meio de prova – depoimento pessoal, por exemplo –, ou mesmo para o caso em que a prova deva ser produzida em fonte que se encontre em local diverso do domicílio

⁴⁴⁶ Yarshell aponta que, por vezes, a proximidade do local da prova deve se sobrepor à conveniência do réu de ter a ação tramitando no seu domicílio, desde que não prejudicados devido processo legal e acesso à justiça. (YARSELL, 2015, op. cit., p. 1.029.)

⁴⁴⁷ Art. 61. A ação acessória será proposta no juízo competente para a ação principal.

⁴⁴⁸ RANGEL, Marco Aurélio Scampini Siqueira; MENEZES, Pedro Henrique da Silva. Da produção antecipada de provas no projeto do novo CPC. *Revista eletrônica de direito Processual - UERJ*. Ano 7, V. 12, n. 12. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8691>> Acesso em: 10 jul. 2017.

⁴⁴⁹ É o caso de ação que envolva alimentos, direito do consumidor, incapazes etc. No mesmo sentido: “No que tange à competência funcional, deve ser considerada a natureza das partes e da matéria relativa à pretensão ou defesa para a qual a prova será relevante”. TALAMINI, 2016, op. cit., p. 88.

do réu. Não nos parece razoável que haja possibilidade de escolha nessa hipótese específica.

Outro ponto suscitado pela doutrina⁴⁵⁰ é acerca da eventualidade de haver pluralidade de interessados, com domicílios diversos e necessidade de produção de provas advindas destes. Parece-nos que é possível adotar a disposição genérica do art. 46, § 4º, do CPC⁴⁵¹. Sendo assim, quaisquer dos domicílios dos interessados poderá ser foro competente para o ajuizamento da ação e produção da prova.

Acaso o requerente da medida opte pelo domicílio do réu – o que é plenamente possível, conforme os termos do CPC –, serão aplicadas as regras gerais dos arts. 46, §§ 1.º a 4.º, e 53, III, “a” a “c”, do CPC/15. Já defendemos que o local onde a prova deverá ser produzida poderá remeter às regras gerais do código, do mesmo modo. Ademais, nada impede que haja cláusula de eleição de foro, conforme art. 63, do código⁴⁵².

Quanto à competência funcional, deve sempre ser considerada a natureza das partes e a da matéria relativa à pretensão ou defesa para a qual a prova será relevante⁴⁵³.

Segundo Yarshell, diante da alternatividade ou concorrência dos foros, consagrada na lei, “não há como simplesmente dizer que qualquer outro – que não o do local em que as fontes de prova se encontram – seria absolutamente competente”⁴⁵⁴.

Uma das principais questões envolvidas é, numa primeira leitura, o fato de que o juízo que processar a medida não fica prevento para a eventual ação principal⁴⁵⁵.

Vale dizer que não se trata de inovação, mas sim de mera confirmação, trazida pelo código, do quanto já havia sido sumulado extinto Tribunal Federal de Recursos no

⁴⁵⁰ TALAMINI, 2016, op. cit., p. 90.

⁴⁵¹ Art. 46. A ação fundada em direito pessoal ou em direito real sobre bens móveis será proposta, em regra, no foro de domicílio do réu. (...) § 4º Havendo 2 (dois) ou mais réus com diferentes domicílios, serão demandados no foro de qualquer deles, à escolha do autor.

⁴⁵² TALAMINI, 2016, op. cit.

⁴⁵³ Nesse sentido, avança Talamini afirmando que “se a produção probatória que se quer antecipar é pertinente para um atual ou potencial litígio trabalhista, a competência para a medida é da Justiça do Trabalho (CF, art. 114). Se a providência é requerida por (ou em face da) União, autarquia ou empresa pública federal, em princípio, a competência é da Justiça Federal (CF, art. 109, I). Para a justificação sem caráter contencioso, permanece aplicável a Súmula. 32 do STJ”. (TALAMINI, 2016, op. cit., p. 90)

⁴⁵⁴ YARSHELL, 2015, op. cit., p. 1.029.

⁴⁵⁵ Nas palavras de TALAMINI, “O CPC prevê expressamente que a medida de produção antecipada não previne a competência do juízo para a ação que eventualmente se venha a propor com utilização da prova antes produzida. Essa norma é compreensível em face: (a) do caráter não constitutivo da medida; (b) da ausência de juízo, nem mesmo sumário, sobre o mérito da pretensão principal; (c) da eventualidade de uma ação principal”. TALAMINI, 2016, op. cit., p. 90.

enunciado 263⁴⁵⁶ e ratificado pelo STJ⁴⁵⁷, a despeito de haver permissivo em sentido contrário para casos excepcionais⁴⁵⁸.

A ação que venha a ser proposta, portanto, não deverá ser obrigatoriamente distribuída ao mesmo juízo em que tramitou a ação probatória, assim, havendo pluralidade de juízos, permanece a distribuição livre⁴⁵⁹.

A questão é se, na eventualidade de se produzir outra prova antecipada, envolvendo o mesmo fato ou relação jurídica, haveria prevenção do juízo⁴⁶⁰. Acreditamos que não, pois, se não há vinculação quanto à eventual ação principal, dando-se por encerrada a atividade quando da finalização da produção da prova, não há fundamento também para eventual prevenção quanto à produção de outra prova. Diferente posicionamento seria para o caso de complementação da mesma prova, hipótese em que o mesmo juízo deveria atuar, por haver clara conexão.

Por outro lado, há quem defenda que poderia e, em alguns casos, até deveria haver a prevenção⁴⁶¹. Tal previsão levaria em conta o foro de tramitação da ação probatória e o foro onde tramitará a ação principal. Assim, para o caso de haver identidade de foros, seria lícito e até aconselhável falar-se em prevenção do juízo. Ou seja, se ambas, pelas regras de competências, fossem propostas perante mesma comarca ou seção judiciária, seria possível defender que o mesmo juízo que produziu a prova estivesse apto a julgar a demanda principal⁴⁶².

Exemplo de indicação da prevenção do juízo seria, *verbi gratia*, na hipótese – já vista neste trabalho – de negócio jurídico processual de calendarização que contemple fase probatória autônoma (vide subtópico 2.4). Seria ruim pensar na regular continuidade do processo a partir da ideia de mais de um juiz atuante, sendo um na fase probatória antecedente e outro da fase de conhecimento da ação principal em diante como ocorre no processo penal em alguns casos, sob a justificativa de garantir o afastamento necessário

⁴⁵⁶ A produção antecipada de provas, por si só, não previne a competência para a ação principal.

⁴⁵⁷ REsp 617.921/MT, Rel. Min Luis Felipe Salomão, j. 18.05.2010, *Dje* 26.05.2010.

⁴⁵⁸ STJ, 3.^a Turma, REsp 712.999/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes, Direito, j. 12.4.2005, DJ 13.6.2005, p. 305; REsp 487.630/SP, 2.^a Turma, rel. Min. Franciulli Neto, j. 21.8.2003, DJ 28.6.2004, p. 245.

⁴⁵⁹ YARSHELL, 2015, op. cit., p. 1.028.

⁴⁶⁰ Nesse sentido, em relação à projeção expansiva dos efeitos da prevenção, vale destacar se tratar do “surgimento de um dever de atribuição de todas as demandas conexas (i. e. todas que pertencem a um mesmo conjunto de conexas) ao juízo preventivo”. Trata-se, basicamente, de saber se, havendo o julgamento de duas ou mais demandas em separado, pode surgir algum tipo de incompatibilidade lógica ou prática entre os julgados. OLIVEIRA, Bruno Silveira. *Conexividade e Efetividades processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 200.

⁴⁶¹ Destaque-se, aqui, que o §3º não traz vedação à prevenção. Atesta-se que não há obrigatoriedade, apenas.

⁴⁶² NEVES, 2016, op. cit., p. 1.463. CASTRO MENDES; LOURENÇO, op. cit.

ao juiz que julgará a causa. Todos que atuam e convivem com a rotina do judiciário sabem os problemas decorrentes da atuação de mais de um magistrado em um processo, mesmo que dentro das hipóteses previstas na lei.

A prevenção também se afirma com base na possibilidade de produção antecipada de prova incidental, onde, por óbvio, não haverá alteração do juiz após a produção antecipada da prova.

Tal possibilidade se pauta na ausência de razão lógica que sirva de óbice à possibilidade de julgamento da ação principal pelo juízo que promoveu a produção, segundo, inclusive a teoria do órgão e o princípio da imediatidade. Também não há qualquer fundamento para a distribuição livre, dentro da mesma competência territorial, do processo principal.

A produção antecipada de prova, conforme art. 381, §4º, do CPC/15 leva em conta que o juízo estadual tem competência para a produção de prova requerida em face da União, de entidade autárquica ou empresa pública federal se, na localidade, não houver vara federal. É hipótese de conflito entre o critério objeto e o territorial, tendo a lei optado pelo segundo⁴⁶³.

O art. 15, II, da lei 5.010/1966, atribuía ao juízo estatal competência para processar ação de justificação em face de ente federal, caso na localidade não houvesse vara federal. Com a unificação das ações probatórias, o legislador decidiu generalizar as regras⁴⁶⁴.

Trata-se de típica hipótese de delegação de competência prevista no art. 109, §3º da CF/88.⁴⁶⁵ Deve-se levar em conta, ainda, que os recursos uma vez interpostos, devem ser endereçados e tramitar no TRF.

Após entrar no regramento específico, vale dizer que, aqui, aplicam-se algumas determinações gerais. É o caso do art. 43 e a *perpetuatio jurisdictionis*, bem como art. 111 e eventual cláusula de eleição de foro do art. 63.

O problema da arguição de incompetência será tratado no tópico da defesa.

⁴⁶³ Quanto ao tema, Yarshell elucida que tal entendimento poderia se compreensível quando se considerasse o critério territorial funcional, mas seria de difícil aceitação quando se pensa no critério puramente territorial prevalece sobre o critério que considera a pessoa da União. Ainda nesse sentido: “Ademais, a opção legal diverge do entendimento jurisprudencial dominante, ao ensejo da inteligência da regra do art. 2º da lei 7.347/1985, segundo o qual o critério territorial funcional não é suficiente para afastar a competência da Justiça Federal, tanto mais quando a norma legal extrapola a exceção contida no §3º do art. 109 da CF.” (YARSHELL, 2015, op. cit., p. 1.029.)

⁴⁶⁴ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, op. cit., p. 143.

⁴⁶⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ZUFELATO, Camilo. *Processo civil para os concursos de técnico e analista dos tribunais e MPU*. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

Outra questão é a da necessidade de se produzir um mesmo meio de prova em diversos lugares. Nesses casos, o primeiro critério poderá significar a atuação a partir de carta, de todo modo. Pode, inclusive, haver a confusão entre os juízos onde as provas seriam produzidas e eventual domicílio do réu, o que tornaria a regra da alternatividade ainda mais pulsante.

4.8 PROCESSAMENTO

Assim como no procedimento ordinário, deve o juiz analisar o preenchimento dos requisitos da petição inicial bem como os pressupostos de admissibilidade e processuais do processo, para que então profira o despacho inicial deferindo a produção da prova requerida e intimando os interessados ou potencialmente prejudicados.

Há quem defenda que o procedimento, acaso não haja caráter contencioso, deva seguir o quanto estabelecido no código para a jurisdição voluntária, prevista nos artigos 720 a 724. Isso se daria pela falta de procedimento especial previsto no livro que regula a prova antecipada, motivo pelo qual aplicar-se-ia o art. 719.

Contudo, não nos parece o melhor caminho. Primeiro, porque tal procedimento somente deverá ser aplicado quando não houver procedimento especial apto a regulamentar. Ao que nos consta, todas as espécies de produção antecipada de prova têm seu procedimento estabelecido no código. Ademais, há clara inaplicabilidade do art. 723 que determina que a decisão deverá ser tomada em dez dias, não estando adstrito à legalidade estrita, podendo julgar conforme a equidade. Além disso, existem produções antecipadas que terão claro caráter contencioso, o que, por si só, também já seria apto a afastar tal hipótese. Ademais, o procedimento de jurisdição voluntária prevê cabimento do recurso de apelação contra a sentença, conforme art. 724, estando assim em contrariedade com o art. 382, §4º.

O procedimento é simplificado e consubstanciado basicamente no requerimento inicial, seguido do despacho inicial, abertura de prazo para apresentação da defesa ou do pedido contraposto, produção da prova ou das provas, manifestações finais das partes e sentença.

Uma vez deflagrado o procedimento, haverá uma espécie de mini procedimento ordinário em fase postulatória, na qual a petição inicial terá a sua admissibilidade

avaliada, podendo ser determinada a emenda por lhe faltar requisito ou indeferida a prova por falta de interesse.

Acaso feito juízo de admissibilidade positivo, será o momento de citar os interessados para que se manifestem. Após tais manifestações, mantido o juízo de admissibilidade positivo, designará audiência de instrução de julgamento e fixará prazo para apresentação do rol de testemunhas (aos citados, haja vista que o autor já deve ter arrolado na petição inicial), caso seja hipótese de produção de prova oral; nomeará perito, formulará quesitos, fixará os honorários periciais e o prazo para entrega do laudo, determinando que os citados apresentem quesitos e assistentes técnicos (o autor já deve ter indicado na petição inicial, sob pena de abertura de prazo para emenda e eventual indeferimento), caso seja determinada prova pericial⁴⁶⁶; e designará dia e hora para inspeção judicial, se for o caso⁴⁶⁷.

O requerido e o requerente não apenas tem o direito, como devem participar ativamente de todo o procedimento probatório.

Vale destacar que, por envolver mérito unicamente probatório, não há razão para se falar em conciliação ou obrigatoriedade da audiência do art. 334. No entanto, acaso haja conotação litigiosa, nada impede que, num primeiro momento da AIJ, haja tentativa de composição, ainda que sumaríssima. Acreditamos que tal possibilidade não é contra as determinações legais e nem gerará qualquer demora, muito ao contrário, segue uma forte diretriz de estímulo à autocomposição adotada pelo código.

Conforme tratado no tópico dos negócios jurídicos processuais, nada impede que as partes escolham consensualmente o perito. Feita a produção da prova, o juiz a homologará e submeterá à publicação.

4.8.1 Tutela provisória liminar do direito à produção de prova

Não há óbice no sistema processual que vede, em circunstâncias excepcionais, a hipótese de concessão de tutela liminar na produção antecipada de provas. Aqui a produção antecipada de provas extrai alguns fundamentos das tutelas provisórias⁴⁶⁸, haja

⁴⁶⁶ “Caso a prova a antecipar for pericial, o procedimento terá de adaptar-se ao disposto nos arts. 464 a 480”. THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57ª ed. rev., V. 1, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 936.

⁴⁶⁷ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, op. cit.

⁴⁶⁸ Arts. 294, 300, §2º do CPC e CF, art. 5º, XXXV.

vista que a parte do código que disciplina a produção antecipada de provas não traz qualquer menção a tal hipótese. É o caso em que, pela extrema urgência, a prova possa ser produzida antes da citação do réu.

A própria urgência já é justificativa bastante razoável e apta, ao nosso ver, a ensejar o deferimento de tutela provisória, desde que ressalvada a possibilidade de o requerido pugnar pela complementação da medida, no que for possível. Acaso seja constatado abuso no pedido de prova antecipada *inaudita altera parte*, o juiz poderá não homologar a prova.

Também se justifica acaso o réu, uma vez citado, pudesse prejudicar ou inviabilizar a produção da prova, razão pela qual o contraditório seria postergado para o momento seguinte ao da produção da prova requerida.

Assim, tendo em vista a limitação das defesas que podem ser apresentadas neste tipo de procedimento, naturalmente o acolhimento da defesa do réu (caso versasse sobre impossibilidade ou inutilidade da prova), apresentada em momento posterior, significaria a não homologação da prova⁴⁶⁹.

Fator importante, que será visto com maior profundidade mais à frente, é que, acaso o réu não participe efetivamente da produção da prova e tenha negada a sua defesa, esta poderá ter sua eficácia e valor comprometidos no processo futuro no qual será utilizada contra este, minimamente no que lhe tocar, haja vista evidente desrespeito ao *efetivo contraditório*.

Certo é que o deferimento de medida liminar na produção antecipada de provas poderá ocorrer nos casos de extrema urgência, ou ainda nos casos em que a ciência da produção por parte do réu, poderia significar a frustração da diligência⁴⁷⁰.

4.8.2 Tutela satisfativa?

A produção antecipada de prova pode formar uma tutela satisfativa. Se dará, no mais das vezes, no caso em que não haja urgência, ou seja, nas hipóteses previstas nos incisos II e III, do art. 381, do CPC/15, ou mesmo nos casos em que haja urgência e a ação eventual e futura não venha a ser ajuizada.

⁴⁶⁹ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, op. cit.

⁴⁷⁰ Exemplo disso pode ser o caso em que o réu eventualmente venha a destruir determinados documentos, tendo em vista a não determinação, ou a determinação tardia da busca e apreensão dos mesmos.

Havendo a produção da prova e sendo esta a única pretensão posta em juízo, a tutela entregue (produção da prova atestada regular) é satisfativa. Ou mesmo havendo a produção antecipada de prova, independentemente do fundamento, acaso a prova não seja utilizada para instruir procedimento futuro.

Em outras palavras, sempre que a prova por si só for a pretensão do interessado, esta será apta a se apresentar como tutela satisfativa.

4.8.3 Citação dos interessados ou possíveis prejudicados

A despeito da natureza de jurisdição voluntária, existem duas modalidades de produção antecipada de provas: a de caráter contencioso, onde se impõe a citação dos interessados⁴⁷¹; e sem caráter contencioso, e que a citação se dispensa⁴⁷².

Fala-se em citação dos interessados se houver caráter contencioso no caso concreto. Em não havendo litígio, inexistiria necessidade deste ato, a exemplo do pedido conjunto de antecipação de prova formulado consensualmente por todos os interessados⁴⁷³.

Em obediência ao princípio do contraditório (art. 5º, LV, da CF/88), é necessária a citação do réu, na medida preventiva, para que possa, querendo, acompanhar a prova cuja antecipação se pede. Sendo requerida no curso do processo principal já instaurado, o réu será parte contrária na relação material controvertida; sendo antecedente, o réu/interessado da prova antecipada será o potencial adversário do requerente na ação futura⁴⁷⁴.

⁴⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 410.

⁴⁷² NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.102. Nesta hipótese, devemos ter cuidado quanto à aplicação na prática. E isso porque existem casos em que é muito difícil ou até mesmo impossível para o juiz a definição exata de se a produção de determinada prova poderá ou não gerar interferência na esfera subjetiva de outrem, o que, acaso fosse confirmado, em cognição sumária como de fato será, geraria a consequência prevista na lei de não ser obrigatória a citação. Nos parece um tanto temerária a hipótese, principalmente se pensarmos em ações mais delicadas como aquelas que envolvam menores, incapazes, ou direitos difusos. Dizer da aplicabilidade e eficácia – ou inaplicabilidade e ineficácia – desta prova em momento futuro, pode não ser algo tão simples do ponto de vista prático e procedimental.

⁴⁷³ CUNHA, Maurício; DOURADO, Sabrina; FIGUEIREDO, Roberto. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Recife: Armador, 2015, p. 355. Nesse sentido, como bem adverte Cassio Scarpinella, a previsão legal não poderá servir de permissivo para que tais ações corram em uma espécie de segredo de justiça fora das exceções legais e constitucionais ou em que o interessado não pode ter acesso a ele. BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 278-279.

⁴⁷⁴ NERY Jr.; NERY, op. cit., p. 1.104.

Os interessados, via de regra, devem ser citados, sendo a citação condição de eficácia da prova perante aqueles contra os quais se pretende produzi-la⁴⁷⁵. Conforme já dito, o diferencial do procedimento é a necessidade de citação dos interessados ainda que de ofício, acaso o juiz entenda que há algum interessado na produção da prova ou na prova do fato e que não tenha sido requerida sua citação. Trata-se de típica intervenção *iussu iudicis*⁴⁷⁶.

Daniel Neves suscita um problema a ser pensado com relação à convocação de terceiros para o processo de PAP. O §1º, do art. 382 prevê que “o juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se inexistente caráter contencioso”. A citação é ato formal de comunicação de que contra alguém existe um processo, dando-lhe ciência dos termos. Falar em citação significa a integração coercitiva ao processo, sendo que a primeira interpretação do texto normativo nos indica tal hipótese⁴⁷⁷.

Contudo, afirma o autor que, acaso opte-se por adotar tal premissa, estaria sendo firmada a possibilidade de inclusão de réus num processo, de ofício, sem passar pelo crivo do requerente da prova⁴⁷⁸. E segue o raciocínio no sentido de que “esse poder do juiz será no máximo de intimação de terceiro que, mesmo sem ser réu no processo, ao ser informado da produção antecipada da prova, estará sujeita a ela”⁴⁷⁹.

Pode-se ainda pensar no caso de o julgador intimar o autor para emendar a petição inicial e incluir o terceiro como réu sob pena de indeferimento da petição inicial e extinção do processo sem resolução do mérito, sob motivação de que, ausente a presença daquele terceiro não integrante originário do processo, a prova a ser produzida não terá eficácia vinculante ou a terá de forma muito restrita⁴⁸⁰.

⁴⁷⁵ “A ausência de participação dos interessados – que a combinação dos artigos 381, §5º e 382, §1º equivocadamente limitou – faz da prova um elemento simplesmente ineficaz em relação a eles. Isso diminui ou até prejudica a utilidade da prova – quer para a finalidade de convencimento do juiz, oportunamente; quer para estímulo das partes para a finalidade de autocomposição” (YARSHELL, 2015, op.cit., p. 1.030); Também nesse sentido PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 224.

⁴⁷⁶ DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, op. cit. CINTRA, Lia Carolina Batista. Litisconsórcio e intervenção de terceiros no processo autônomo de produção antecipada de provas. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. (Org.). *Processo em jornadas: XI Jornadas Brasileiras de Direito Processual XXV Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 581-595.

⁴⁷⁷ NEVES, 2016, op. cit., p. 1.466.

⁴⁷⁸ NEVES, 2016, op. cit., p. 1.466. Entende o autor que não seria caso de intervenção *iussu iudicis* e nem mesmo assistência litisconsorcial.

⁴⁷⁹ NEVES, 2016, op. cit., p. 1.466.

⁴⁸⁰ Não concordamos com esse entendimento. Na nossa ótica, apenas haverá vinculação da prova produzida se entendermos que há citação, conforme letra da lei. Acaso admita-se o entendimento de que haveria

Em se tratando de ação autônoma, como de fato é, cabe ao autor a indicação de quem deva figurar no polo passivo. E a legitimidade passiva se infere desde que haja entre o autor e aquele indicado uma relação jurídica, bem como que a prova produzida seja oposta contra este na futura ação principal.

No caso da produção antecipada de provas unilateral⁴⁸¹, aquela onde o requerente visa apenas formar o seu convencimento, sem finalidade contenciosa, há quem defenda a possibilidade de se avaliar a conveniência da uma citação por edital de eventuais interessados, por precaução⁴⁸². É o processo sem réu. O já clássico exemplo da ação promovida para demonstrar a própria idoneidade financeira⁴⁸³. Ocorrendo tal hipótese, haverá dispensa da citação de interessados, conforme regra prevista no §1º, do art. 382, do CPC.

Entendemos que só será necessária a promoção de tal medida quando as circunstâncias expostas na petição inicial derem a entender ou apresentarem indícios de que aquela prova poderá ter futuro caráter contencioso, e só será possível quando a citação dos interessados por meio de edital não comprometer o ideal de celeridade previsto para o procedimento da PAP⁴⁸⁴.

“O interesse que fundamenta a necessidade de citação deve ser mensurado a partir da utilidade da prova a ser produzida no processo probatório”⁴⁸⁵. Ou seja, o potencial de

intimação dos interessados, de fato, a eficácia da prova estaria limitada àqueles que ingressassem nos autos. Também poderia haver a citação e não apresentar qualquer insurgência o citado, momento no qual haveria uma espécie de revelia limitada aos aspectos formais que não sejam matérias de objeção, bem como com relação à possibilidade de impugnar a prova em eventual processo principal. Também não vislumbramos que seja hipótese de extinção do processo sem resolução do mérito acaso o juiz intime o autor a integrar o polo passivo e este não o faça. Daniel Neves fala na extinção por conta da ausência de eficácia da prova em relação àquele que deveria estar no polo passivo. Contudo, a ação pode seguir em relação aos demais, mantendo-se intacta a eficácia em relação a estes. A limitação da eficácia da prova não pode ser fator preponderante para a extinção do processo, sob pena de tornar-se matéria de defesa para aqueles contra os quais se visa produzir uma prova, o que inviabilizaria utilização da técnica na prática.

⁴⁸¹ Aparentemente discordando da existência de tal possibilidade, “Embora o direito à prova assuma relevância autônoma, sua proteção em processo próprio e específico, justifica-se sempre sob a perspectiva de uma possível pretensão (ou defesa) relativa a outro direito”. E complementa: “Essa pretensão pode ser futura e meramente eventual, mas é indispensável sua indispensável sua indicação para que se ponha a proteção autônoma do direito à prova.” (TALAMINI, 2016, op. cit., p. 79.)

⁴⁸² SILVA, Ovídio Araújo Baptista de. *Do processo cautelar*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.p. 479.

⁴⁸³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 224.

⁴⁸⁴ Em sentido contrário, Daniel Neves: “Não concordo com essa conclusão porque, mesmo que não haja indicação de utilização da prova em processo judicial ou administrativo futuro, o que retirará da produção da prova a natureza contenciosa, nunca será apta somente a resolver dúvida exclusiva do requerente, sempre interessando ou afetando alguém. O que pode ocorrer é a impossibilidade de identificação dos interessados, hipótese de réu incerto, quando ocorrerá a citação dos interessados por edital.” (NEVES, 2016, op. cit., p. 1467.)

⁴⁸⁵ DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2017, op. cit., p.163.

alcance da prova é o que interessa, haja vista que aquela somente terá plena eficácia contra quem houver participado da sua produção, e a intenção sempre será de que a prova produzida tenha o maior alcance possível⁴⁸⁶.

Acaso não haja citação de algum interessado e este venha a se manifestar em momento posterior, até mesmo na ação declaratória futura onde se debata o direito material, o maior prejudicado seria o requerente da prova antecipada, haja vista que a sua utilização, valoração e eficácia, restariam comprometidas⁴⁸⁷.

Talvez seja o caso de o juiz, à luz do caso concreto, avaliar a possibilidade de abrir a citação por edital, de citar interessados que possam ser constatados apenas com a versão apresentada na inicial ou mesmo, a depender do potencial contencioso apresentado, que intime o autor para que indique prováveis interessados no prazo de 5 (cinco) dias. Trata-se, esta última, de medida que mais se coaduna com a economia processual.

Diz-se, ainda, que uma vez feita a citação, a desistência do pedido de PAP dependeria da concordância dos demais interessados participantes. Neste tocante, Yarshell entende que só haverá necessidade de consentimento dos demais envolvidos em caso de apresentação de contestação⁴⁸⁸. Em sentido contrário, Didier entende que, mesmo acaso não haja contestação, o requerido pode ter interesse na produção da prova, até por também ser destinatário daquela⁴⁸⁹.

Encampamos a posição de Didier, haja vista que a ausência de contestação poderá significar, ainda que não expressamente, anuência em relação à produção da prova, caso em que, havendo desistência por parte do requerente da medida, restaria frustrada a expectativa do interessado que não contestou.

4.8.4 Intervenção de terceiros⁴⁹⁰ e ampliação subjetiva da lide

Sempre que existir uma comunhão de fatos entre determinadas pessoas, é natural supor que alguma delas, ou mesmo mais de uma, tome a iniciativa da produção antecipada de provas. Quanto a isso, devemos pensar, de um lado, no interesse jurídico subjetivo envolvido; e de outro, nas formas de intervenção de terceiros que possam ser utilizadas.

⁴⁸⁶ DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2017, op. cit., p.163.

⁴⁸⁷ Nesse sentido, Nery: “Perícia realizada à revelia da parte interessada. Quem não participou da vistoria não está vinculado à sua conclusão (RJTJSP 41/191).” (NERY Jr.; NERY, op. cit.)

⁴⁸⁸ YARSHELL, 2015, op. cit., p. 1.038.

⁴⁸⁹ DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2017, op. cit., p.163.

⁴⁹⁰ Sobre o tema, ler CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros.*, 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Quanto ao interesse jurídico, a prova produzida em processo pode não se apresentar como simples fato para terceiro. Ou seja, o fato de não haver participação pode não afastar que o quanto ali debatido lhe toque de alguma forma. Se o resultado vier a beneficiar terceiro, obviamente a produção de prova feita por outrem lhe tocará, o que poderá interferir até em eventual ônus de prova em futuro processo. É pensar na produção de provas que, depois, possam vir a ser emprestadas.

Nesse contexto, a tradicional afirmação de que provas produzidas em um dado processo não teriam eficácia em relação a terceiros, haja vista a ausência de contraditório, não deve ser aplicada irrestritamente, pois existem consequências que podem ser extraídas por terceiros, desde que lhe toquem a partir da existência de fatos comuns⁴⁹¹.

Havendo interesse jurídico do terceiro, este deverá participar do processo, vinculando-se ao resultado do mesmo – no caso da PAP, à eficácia da prova – seja este favorável ou não aos seus interesses.

Quanto à intervenção de terceiros, há a possibilidade de aplicação de algumas formas do instituto, sendo analisado conforme a modalidade passível de utilização e a forma como o terceiro se manterá no processo, ou seja, a posição ocupada e o regime jurídico atinente.

Para grande parte da doutrina, fora a hipótese de intervenção *iussu iudicis* já vista,⁴⁹² caberia uma outra espécie de intervenção atípica também possível na produção antecipada de prova.

É o caso do terceiro que pode ser denunciado à lide pelo réu da produção antecipada de provas, na ação principal futura onde será debatido o mérito da relação material, tendo como fundamento para sua denunciação e eventual condenação, a prova produzida na PAP, da qual não fez parte. Trata-se de intervenção atípica que naturalmente demanda a ampliação do polo passivo (termo dos interessados não requerentes originários)⁴⁹³.

⁴⁹¹ YARSHELL, 2015, op. cit., p. 1.037. Indo mais a fundo, o autor sustenta que a limitação à eficácia da prova por conta da inexistência do contraditório poderá nem mesmo existir. Basta pensar na possibilidade em que a pessoa que busca a utilização da prova produzida em processo do qual não participou busca fazê-lo no confronto de quem participou da relação processual. Nestes casos, diante do resultado favorável da prova para aquele terceiro, este poderá aceitá-la.

⁴⁹² DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, op. cit., p. 147. Em sentido contrário, NEVES, 2016, op. cit.

⁴⁹³ Há quem denomine tal fenômeno de “assistência provocada”, conforme julgamento do REsp 213/556/RJ. CASTRO MENDES; LOURENÇO, op. cit.

Aqui, temos o interesse público envolvido, haja vista que todos interessados devem participar, sendo o juiz o responsável por viabilizar tal possibilidade ainda que de ofício, conforme já visto anteriormente neste trabalho; e o interesse do próprio réu, pois a não participação do futuro denunciado na produção da prova poderá afetar a valoração e eficácia daquela quanto a este.

Tal hipótese foi cogitada por Cândido Dinamarco⁴⁹⁴, que ainda indica que o requerido, na PAP, deverá trazer o futuro denunciado com o objetivo de incluí-lo no âmbito de eficácia da prova que se pretende produzir⁴⁹⁵. Nos parece que, quanto ao chamamento ao processo, também seria possível tal hipótese.

As regras que permitem a intervenção *iussu iudicis* e a formulação de pedido contraposto/reconvenção, como já afirmado aqui, indicam que “a intervenção de terceiro atípica proposta é recomendável.”⁴⁹⁶

Outras pessoas que tenham interesse em produzir provas ligadas ao fato objeto da produção antecipada de provas já instaurada também poderão produzir provas ligadas àquele fato⁴⁹⁷; trata-se de indicativo pela inclusão e ampliação da eficácia ao máximo possível. Tem de haver o interesse processual para tanto, haja vista que não se trata apenas de aproveitar o procedimento já instaurado, mas sim de facilitar a produção da prova visando evitar a prática dos atos em momento posterior ou mesmo evitar a ação posterior, economizando tempo e recursos⁴⁹⁸.

De outro lado, contudo, o alargamento somente será permitido quanto aos mesmos fatos ou relação jurídica. Também por conta da necessidade de economia de tempo, a produção de prova antecipada por outras pessoas que não o requerente originário somente poderá ocorrer acaso não signifique atraso ou demora excessiva no trâmite do procedimento instaurado. O juiz deverá avaliar o ganho efetivo de tempo com a produção antecipada em relação à produção no momento ordinário, podendo haver a hipótese de produção de prova difícil e longa ser produzida em conjunto com a de outro fato conexo,

⁴⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de Terceiros*. São Paulo: Malheiros, 1997.

⁴⁹⁵ DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, op. cit., p. 147.

⁴⁹⁶ DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, op. cit., p. 147.

⁴⁹⁷ Fredie Didier ainda afirma pela possibilidade de que também sejam citados, na condição de interessados, todos aqueles que possam ser futuramente chamados para o processo ou queiram ingressar como assistentes. DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2017, op. cit., p. 167.

⁴⁹⁸ NERY Jr.; NERY, op. cit., p. 1.103.

significando ganho de tempo, por evitar novo deslocamento de testemunhas, ou mesmo novo trabalho do perito etc⁴⁹⁹.

Quanto às intervenções de terceiro típicas, Didier afirma que não serão cabíveis aquelas em que predomine tutela de natureza condenatória⁵⁰⁰, como, por exemplo, denunciação da lide, chamamento ao processo e desconsideração da personalidade jurídica⁵⁰¹. Isto porque não é possível que haja julgamento da pretensão principal ali. Não haveria, no entanto, qualquer entrave com relação à assistência⁵⁰², recurso de terceiro e à possibilidade de uso da técnica de correção do polo passivo⁵⁰³. Trata-se de posicionamento também jurisprudencial, o que já corria quando a medida era prevista apenas para situações pautadas no perigo da demora.

É possível a assistência na produção antecipada, a despeito da lei não ter qualificado os “interessados” como assistentes⁵⁰⁴. É o caso em que o terceiro, que tem a perspectiva de assistir uma das partes no eventual e futuro processo principal, possa, de igual forma, assisti-la no processo de antecipação da prova. Yarshell entende que poderá haver assistência litisconsorcial⁵⁰⁵ (art. 124). Acredita que se trata de permissivo da lei, que admite requerimento a ser formulado por terceiros, bem como ao fato de que, na assistência litisconsorcial, os terceiros poderiam ter sido parte. A prova, que é o resultado, é o fator que influencia na relação jurídica entre ele (assistente) e o adversário do assistido.

A limitação quanto ao ingresso dos interessados para ampliação do objeto da demanda, em não havendo previsão que limite seu ingresso quanto à PAP, deve se submeter ao quanto previsto no art. 329.

Nesse contexto, tem-se que também é cabível participação do *amicus curiae* (art. 138)⁵⁰⁶. Nada impede que um terceiro possa vir a intervir, de forma provocada ou espontânea, para apresentar subsídios técnico-científicos relevantes para a produção probatória. Difícil imaginar como um terceiro teria ciência dos termos da ação, mas não é o caso de vedar a possibilidade.

⁴⁹⁹ NERY Jr.; NERY, op. cit., p. 1.103.

⁵⁰⁰ DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2017, op. cit., p. 167. No mesmo sentido, TALAMINI, 2016, op. cit. e YARSHELL, 2016, op. cit., p. 1.038.

⁵⁰¹ Quanto ao tema, Talamini: “Na produção antecipada, não cabem o chamamento ao processo e a denunciação à lide, pois não há julgamento da pretensão principal [...]” (TALAMINI, 2016, op. cit., p. 91.)

⁵⁰² YARSHELL, 2016, op. cit., p. 1.037.

⁵⁰³ DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2017, op. cit., p. 167. CINTRA, 2016, op. cit.

⁵⁰⁴ YARSHELL, 2016, op. cit., p. 1.037.

⁵⁰⁵ YARSHELL, 2016, op. cit., p. 1.037.

⁵⁰⁶ TALAMINI, 2016, op. cit.

Entendemos que qualquer auxílio na produção da prova será válido – esta, inclusive, é a predeterminação dos poderes do terceiro, nos termos do art. 138, §2º –, desde que também não implique em excessiva demora.

Por fim, vale dizer que a PAP também poderá servir para reunir informações para fundamentar pedido de desconsideração de personalidade da personalidade jurídica, passível de realização em eventual e futuro processo, nos termos do art. 133 e ss., que ocorrerá de forma incidental, inclusive nos juizados. Nesse caso, todos os interessados, notadamente e, no mínimo, o sócio e a pessoa jurídica que potencialmente seriam atingidos pela desconsideração, devem participar da medida de produção antecipada, sob pena de a prova não poder ser depois utilizada, não ter eficácia contra aqueles⁵⁰⁷.

4.8.5 Defesa

O §4º, do art. 392 dispõe que, no procedimento da PAP, não se admitirão defesa e recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova requerida pelo autor do procedimento.

Motivo de incontáveis críticas, o dispositivo, numa primeira leitura, valendo-se da interpretação literal, significa afronta grave do direito ao contraditório e devido processo legal e não está nem mesmo em consonância com a extensão determinada pelo 382, §3º, do mesmo diploma legal. Constar textualmente que não cabe defesa no procedimento da PAP numa primeira vista é inconstitucional, por não haver como se cogitar um processo sem que se viabilize o contraditório⁵⁰⁸. Muito infeliz o legislador quanto ao tema.

Mas não nos parece correto – a bem do próprio dispositivo – interpretá-lo deste modo.

Com relação ao contraditório e possibilidade de condutas adotáveis pelos interessados – em especial aqueles que não sejam requerentes –, merece especial destaque tal dispositivo, haja vista que prevê que, no procedimento da produção antecipada de

⁵⁰⁷ TALAMINI, 2016, op. cit.

⁵⁰⁸ Indo ainda mais a fundo, Yarshell entende já haver um equívoco terminológico quando a lei se refere ao “procedimento”, eis que já limitaria a um caráter meramente processual, em desconformidade com a repercussão sobre prerrogativas do campo do direito material, como intimidade, privacidade, intimidade, dentre outros. Afirma ainda que a lei dá a entender que se trataria de “mero procedimento de jurisdição voluntária”, quando, na verdade, uníssono na doutrina e jurisprudência que se trata de atividade tipicamente jurisdicional. YARSHELL, 2016, op. cit., p. 1.041.

provas não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indefira totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário.

Nesse sentido, alguma inquietação doutrinária. Há autores que apontam no sentido de que o código deve ser seguido estritamente, ou seja, defendem que de fato houve proposital limitação quanto ao exercício do direito de defesa e de recorrer. Estes entendem que o fato do juiz não emitir juízo de valor sobre a ocorrência ou não do fato justifica tal impossibilidade⁵⁰⁹.

Em outro sentido, existem aqueles que apontam que o texto poderia ser interpretado no sentido de que não cabe defesa ou recurso quanto à prova na eventual ação principal, e que, portanto, não estaria se referindo à produção antecipada de provas em si.⁵¹⁰

Por outro lado, parte da doutrina entende que a proibição de defesa constante da regra do art. 382 deva ser interpretada como sendo a “ausência de uma via específica para formulação de contestação e não cabimento de discussão sobre o mérito da pretensão (ou defesa) para a qual a prova pode servir no futuro”⁵¹¹.

O que se tenta é fazer uma interpretação muito cuidadosa acerca do dispositivo. Não é lícito dizer que cabe contestação levando em conta a ideia de que a expressão “defesa” não se referiria especificamente à modalidade contestação, e nem a “argumentos de defesa”, como se fossem coisas distintas. Tal perspectiva não tem qualquer fundamento, pois a contestação é meio de defesa e, no contexto apresentado, sinônimo da palavra utilizada.

Nesse sentido, o que quis dizer o legislador foi do descabimento da defesa, o que não se pode admitir.

As objeções processuais são matéria de defesa cognoscíveis de ofício. Ou seja, aqueles que mesmo não alegadas podem ser reconhecidas pelo juiz, de ofício. Aí talvez haja uma saída. Mesmo havendo a vedação expressa, por haver matéria que seja conhecida de ofício, desnecessária a defesa.

Assim, o juiz analisa o que se alegou, ou mesmo aduz que constatou de per si. Aqui, a vedação do artigo mencionado não afeta as matérias de ofício.

⁵⁰⁹ PINHO, op. cit., p. 193. THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 57ª ed. rev., V. 1, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 936.

⁵¹⁰ William Ferreira apenas menciona a possibilidade de haver tal interpretação, sem, contudo, encampa-la. FERREIRA, William. *Novo CPC e a produção antecipada de provas*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=PEcn77wK8o4>> Acesso em: 15 maio 2017.

⁵¹¹ TALAMINI, 2016, op. cit.

Interpretação razoável, portanto, é dizer que não cabe defesa, salvo as matérias que possam ser conhecidas de ofício. A depender do que se entenda por matéria passível de conhecimento de ofício ou de ordem pública, teremos uma maior ou menor extensão do campo de defesa na PAP. Assim entendendo, caberia discussão minimamente, quanto ao direito à produção da prova⁵¹²; à competência do órgão jurisdicional, posto que há regras de competência que dão ensejo à eventual alegação de incompetência⁵¹³, que é matéria de defesa; quanto à legitimidade; ao interesse; ao modo de produção da prova etc.

Algumas questões são lógicas e inafastáveis. Alegação de incompetência relativa ou absoluta (art. 64, §1º, do CPC), por exemplo⁵¹⁴. Hipóteses de cabimento, legitimidade⁵¹⁵, interesse do requerente, prova protegida pelo sigilo⁵¹⁶ que se vincula a matéria constitucionais conhecíveis de ofício. Especificamente quanto à prova, a ausência dos pressupostos da antecipação probatória e a admissibilidade e validade da prova⁵¹⁷. Do mesmo modo, questões sobre a suspeição ou impedimento de eventual auxiliar de justiça, do perito, ou até mesmo do próprio juiz⁵¹⁸.

Tal perspectiva dialogaria com a habilidade do réu/interessado de vincular as matérias que visa alegar em defesa àquelas hipóteses de matérias cognoscíveis de ofício ou de ordem pública, para que se viabilize a defesa, ainda que numa perspectiva bastante limitada.

⁵¹² MARINONI; ARENHART, 2014, op. cit., p. 266.

⁵¹³ DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, op. cit., p. 145.

⁵¹⁴ “Entre as questões processuais que o juiz deve controlar está a incompetência absoluta (CPC/2015.arts. 64, §1º, e 337, §5º) – cabendo provocação de exame do tema pela parte interessada. Quanto à incompetência relativa (inclusive derivada do desrespeito ao art. 381, §2º), o réu, na falta de estipulação específica, terá o prazo geral de cinco dias para argui-la (art. 218, §3º do CPC/15), sob pena de prorrogação da competência (art. 65)”. (TALAMINI, 2016, op. cit., p. 94.)

⁵¹⁵ Art. 337, §5º. A legitimidade é matéria que se pode conhecer de ofício, havendo pleno direito de arguição por parte do réu. Defende-se na doutrina que, mesmo nas hipóteses de não haver contestação, seriam aplicáveis as técnicas dos arts. 338 e 339, respectivamente substituição do réu e correta indicação do legitimado passivo. TALAMINI, 2016, op. cit.

⁵¹⁶ Luiz Flávio Yarshell argumenta que as provas, em maior ou menor intensidade, guardam consigo o poder de invadir a esfera individual dos sujeitos, de modo a, por vezes, limitar determinados direitos como sigilo, intimidade, privacidade, inviolabilidade domiciliar, dentre outros. Sustenta o autor que, por conta deste potencial, o art. 382 exige que o requerente mencione com a maior precisão possível os fatos sobre os quais as provas têm de recair, devendo contudo, haver uma interpretação do artigo em conformidade com a amplitude e finalidade do instituto, que também visa conhecer dos fatos, de modo a assegurar certa generalidade no pedido nos casos em que não seja possível medir a extensão dos fatos que visa investigar. Yarshell, 2016, op. cit., p. 1.031.

⁵¹⁷ TALAMINI, 2016, op. cit., p. 96.

⁵¹⁸ A arguição de suspeição ou impedimento deverá ser manifestada no prazo de quinze dias, acarretando instauração do incidente específico, em uma das raras hipóteses de formação de novos autos distintos dos originários. Ainda nesse sentido, lembrar que o impedimento é matéria de ordem pública, apta a ensejar ação rescisória, devendo ser reconhecida de ofício. TALAMINI, 2016, op. cit., p. 94.

É certo que o procedimento da produção antecipada de provas é bastante simples, restringindo-se à produção da prova e alguns incidentes (decisão acerca da admissibilidade, pedido contraposto etc.), não havendo espaço, portanto, para o contraditório com a mesma extensão daquele garantido no procedimento comum, e que, de fato, será garantido aos envolvidos em eventual ação principal.

Contudo, afastar expressamente defesa e recurso como gêneros que são, trata-se de aparente equívoco. Nesse sentido, Fredie Didier aponta o problema no texto legal.

Mas daí a dizer, como faz o §4º do art. 382, que neste procedimento não haverá defesa nem recurso é um salto que o legislador infraconstitucional não poderia dar. Além de revelar incoerência; afinal, no mesmo art. 382 há determinação de citação de todos os interessados, até mesmo de ofício. Citação para ser mero expectador do processo é inconcebível; cita-se para que o interessado participe do processo; e a participação no processo dá-se pelo exercício do contraditório, como se sabe⁵¹⁹.

Parece mais razoável entender o dispositivo de forma não literal. Há um contraditório reduzido⁵²⁰, com menor possibilidade de matéria arguíveis, mas não ausência total de defesa ou de contraditório. Não existirá, em verdade, discussão de mérito ou quanto à valoração da prova, tendo em vista a simplicidade do procedimento⁵²¹.

O que se pode aceitar é a *limitação horizontal* dos argumentos de defesa, em observância às balizas que demarcam o âmbito de cognição do magistrado no processo de antecipação da prova. Uma interpretação sistemática dos dispositivos que regem a antecipação da prova sugere que o raciocínio é pertinente para os fins do presente estudo⁵²².

A citação dos interessados se justifica pela necessidade de legitimação e garantia da eficácia da prova produzida antecipadamente. A consequência da não citação de todos seria simples: a impossibilidade de utilização da prova contra aqueles aos quais não foi

⁵¹⁹ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, op. cit., p. 145.

⁵²⁰ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, op. cit., p. 145.

⁵²¹ Yarshell afirma que “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 de antecipação não são valorados fatos e menos ainda resolvidas questões de mérito; exceto se para justificar a inadmissibilidade da prova ou de sua antecipação. Fora daí a possibilidade de defesa e do contraditório pelo demandado deve ser ampla como é a correspondente norma constitucional”. (YARSELL, 2016, op. cit., p. 1.042.)

⁵²² MEDEIROS NETO, Elias Marques et al. *A Defesa na Produção Antecipada de Provas – Uma leitura constitucional do artigo 382, § 4º, do novo CPC*. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245536,41046A+Defesa+na+Producao+Antecipada+de+Provas+Uma+leitura+constitucional>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

dada a chance de participar, se envolver na produção da prova. Aqui, cabe destacar a semelhança com a prova emprestada, a qual mantém vinculação entre os processos em que se pretende produzir e utilizar.

Tais interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato ou situação jurídica situação jurídica, salvo os casos em que tal providência possa acarretar excessiva demora⁵²³.

Em última análise, aqueles que entendem que a interpretação deve ser não literal – posição que encampamos –, concluem, diante disso, que caberia sim, tanto a defesa quanto um regramento recursal, a despeito de haver limitação no seu exercício.⁵²⁴ A interpretação literal não pode – e não deve – sobreviver a uma análise sistemática do NCPC, muito menos a uma interpretação que confira efetividade às garantias fundamentais do processo, dispostas na CF/88⁵²⁵.

Não nos parece aceitável que haja posicionamento pela aceitação da limitação ao exercício do contraditório. Deve ser feita uma interpretação conforme a Constituição.

A participação dos interessados deve ser ativa, no sentido de requerer as medidas que entenderem cabíveis quanto à produção da prova. Na prova pericial, formular quesitos, indicar assistentes técnicos, impugnar os quesitos do autor, pedir esclarecimentos do perito, requerer nova perícia etc. Do mesmo modo, com relação a todas as demais provas.

No CPC/73, admitia-se a contestação em produção antecipada de prova, ainda que fosse restrita a impugnar a existência do *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, bem como a falta de condições da ação ou de pressupostos processuais. Como já dito, o CPC/15, no art. 382, §4º prevê expressamente que não se admite defesa e nem recurso, a menos que a produção da prova seja negada integralmente. Tal assertiva, no que concerne ao recurso, está de acordo, em certa medida, com o sistema recursal, pois, pela regra geral, não se admite recurso das decisões interlocutórias que não admitem prova no procedimento comum⁵²⁶.

⁵²³ Hipótese de utilização do pedido contraposto/reconvenção, vide subtópico 4.9.5 deste trabalho.

⁵²⁴ DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, op. cit., p. 145.

⁵²⁵ Nesse sentido, “A tentativa de se vedar, abstratamente, a apresentação de defesa não sobrevive, no ordenamento jurídico brasileiro, a uma leitura constitucional do processo.” (MEDEIROS NETO et al., op. cit.)

⁵²⁶ NERY Jr.; NERY, op. cit., p. 1.103.

Contudo, quanto ao contraditório, pode-se falar em ampla defesa diferida⁵²⁷ pois à parte é dado alegar toda matéria e ordem pública que obste a produção antecipada de prova, como em qualquer outro procedimento. Contudo, tais alegações, no entender de Nelson Nery, ficam diferidos para o momento processual adequado, no processo contencioso que eventualmente venha a se instaurar, ao invés de ser alegados durante o procedimento de produção antecipada de provas⁵²⁸.

A expressão “não se admitirá defesa” é infeliz e não deve ser interpretada literalmente, pois, além de tornar incoerente um artigo que alarga os limites da produção de prova, significa verdadeira hipótese de afastamento do efetivo contraditório, configurando um cerceamento do direito de defesa. Até para o código de 73 tal posicionamento seria ultrapassado, haja vista que aquele – em consonância com a jurisprudência – repise-se, admitia a defesa do demandado.

Parece que o código trouxe uma regulamentação mista a partir da inserção da ação de justificação no mesmo local da ação probatória autônoma. A fusão havida pode ter significado a quase que reprodução do art. 865, do CPC/73⁵²⁹ que previa a ausência de defesa e recurso no processo de justificação⁵³⁰.

Talvez não tenha havido tanto movimento contra o dispositivo pela falta de popularidade da justificação⁵³¹ ou mesmo por estar enquadrado em procedimento sem caráter contencioso, mas certo é que tal reprodução, se é que foi feita, gerou outro impacto, muito mais intenso, quanto à PAP, no CPC/15.

No mais, quanto ao prazo para apresentação da defesa, vale destacar que o código não trouxe previsão expressa. Cabe ao juiz fixá-lo, levando em consideração a complexidade do ato a ser praticado (Art. 218, §1º). Não havendo fixação pelo juiz, o prazo cai na regra geral do código, de 5 (cinco) dias (Art. 218, §3º).

Ainda, caso eventual interessado tenha ciência da existência de tal procedimento, mas ainda não foi citado, ou, não foi determinada sua citação, de pronto poder-se-ia

⁵²⁷ NERY Jr.; NERY, op. cit., p. 1.103-1.104.

⁵²⁸ NERY Jr.; NERY, op. cit., p. 1.104.

⁵²⁹ Art. 865. No processo de justificação não se admite defesa nem recurso.

⁵³⁰ Nesse sentido: “Ao repetir um dispositivo que regulamenta a justificação no CPC/1973, o legislador não considerou que a maioria das ações probatórias não se desenvolvia pela justificação, mas pela produção antecipada de provas. E nada leva a crer que essa realidade seja modificada com o novo Código de Processo Civil. Significa que a maioria das ações probatórias autônomas será de natureza contenciosa, sendo flagrantemente contrário ao princípio do contraditório impedir o exercício de defesa e a interposição de recursos.” (NEVES, 2016, op. cit., p. 1468.)

⁵³¹ NEVES, Daniel Assumpção. *Ações Probatórias Autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 353-354.

admitir-se como tempestiva a contestação apresentada, ante a disposição do § 4º do art. 218, do CPC.

Reputamos o prazo de 5 (cinco) dias como razoável para apresentação da defesa com as limitações próprias do procedimento da PAP, devendo, contudo, haver uma preocupação dos julgadores neste tocante, notadamente com relação àqueles processos que envolvam múltiplas provas e múltiplos interessados.

Nos parece aplicável aqui a dobra legal de prazo em caso de litisconsortes com procuradores distintos (art. 229).

Não se pode afirmar que a interpretação literal é a mais correta no mais das vezes, a ponto de inviabilizar determinados dispositivos de lei, contudo, no caso do art. 382, §4º, também não se pode afirmar que seria medida de extremo a declaração da sua inconstitucionalidade.

Há, sem dúvidas, aparente paradoxo, a partir do ponto em que, quanto ao mesmo tema, o legislador previu que o juiz de ofício possa determinar a citação de todos aqueles que diante dos fatos esposados venham a ser interessados em potencial e, quando estes integram a relação processual, tornar-se-iam meros observadores.

O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte requerente, a citação de todos os interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo quando inexistente caráter contencioso – ver questão tratada no subtópico anterior.

A apresentação de defesa também se revela inafastável, a despeito da literalidade do artigo referente à defesa na PAP, haja vista a dimensão potente que o contraditório substancial ostenta no sistema com o advento do art. 10, do CPC, que é cláusula geral.

4.8.6 Sistema recursal

Com relação aos recursos, também foi profundamente infeliz o legislador. O art. 382, §2º prevê a irrecorribilidade das decisões em sede de produção antecipada de provas, sendo cabível recurso apenas na excepcional hipótese de indeferimento total da produção de prova com a consequente extinção da ação. Seria caso de apelação, art. 1.009, §1º, por tratar-se de sentença, bem como por não constar a hipótese no art. 1.015.

Do mesmo modo que em relação à defesa, o legislador parece ignorar direitos constitucionais, como se a negativa à prova fosse algo sem repercussão negativa para os indivíduos, o que não é verdade.

Delicada é a hipótese de decisão que indefere produção de prova, especialmente se se fundar na urgência, haja vista que a simples necessidade de apreciação do recurso já pode ensejar a impossibilidade ou extrema dificuldade de verificação de certos fatos.

Corrente que se pode considerar majoritária, contudo, admite a utilização de recursos mesmo não sendo a hipótese de indeferimento total da prova⁵³². A lei processual em seu texto puro desconsidera algumas hipóteses de decisões contra as quais seguramente deveria se proceder com o recurso. Pensemos no caso do julgador que defere produção de prova ilícita; ou o julgador que determina oitiva de incapaz⁵³³; ou ainda, a determinação de honorários periciais em valor estratosférico⁵³⁴; julgador que afasta incidência de NJP sobre prova, indeferindo parcialmente sua produção etc.

⁵³² Em sentido contrário “Proíbe-se recurso contra qualquer decisão no processo de produção antecipada, seja interlocutória, seja a própria sentença – exceção feita à decisão que indefere integralmente a antecipação probatória (art. 382, § 4.º). O duplo grau de jurisdição não é, em si mesmo, garantia constitucional. Pode não ser previsto em lei, desde que isso não implique modelo desarrazoado de processo, ofensivo à garantia do *due process* (CF, art. 5º, LIV). Pareceu ao legislador do CPC/15 ser esse o caso da medida de antecipação de prova, dada a limitação de seu objeto. Todavia, caberá mandado de segurança contra as decisões que violem direito líquido e certo de qualquer das partes (CF, art. 5º, LXIX; Lei 12.016/09, art. 5º, II). TALAMINI, 2016, op. cit., p. 98.

⁵³³ Art. 228, §2º do CC: “A pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva” (incluído pela lei 13.146/2015). Quanto ao tema, observar que o Estatuto da Pessoa com deficiência, lei 13.146/2015) não traz previsão de qual o momento adequado para possível averiguação da capacidade da parte (art. 2º, §2º do Estatuto), parecendo deixar ao arbítrio do juiz a indicação de eventual incapacidade com base em presunção, ou mesmo indicar que deve-se presumir como capaz todos aqueles que se apresentam em juízo. Isso porque traz como diretriz que todos são igualmente capaz na forma da lei (art. 84). A discussão fica mais interessante quando pensamos no desdobramento da primeira hipótese, na qual o juiz, ao constatar a suposta incapacidade, estaria, acaso esta não se confirmasse, discriminando a testemunha pela sua aparência ou simplesmente lhe ceifando direitos (vide art. 1º e 4º e ss., bem como 79, 80 – em especial - e ss. do Estatuto). No entanto, se desconsiderarmos tal hipótese, teremos de conviver com o comprometimento da prova produzida. Também pode-se pensar na hipótese de arguição da incapacidade pela parte adversa, ou mesmo por todos interessados quando a PAP se desenvolver sem nenhum caráter litigioso, mas estaríamos, do mesmo modo, incidindo na hipótese de uma eventual discriminação, haja vista que aquela pessoa pode não ser incapaz, ou mesmo não ser incapaz de prestar tal depoimento. Certo é que não há regulamentação que acoberte tal circunstância de modo a resolvê-la, nem no Estatuto da Pessoa com Deficiência e nem mesmo no CPC. Talvez a saída fosse a edição de norma processual no âmbito dos Estados visando definir, em suas respectivas searas de atuação, qual o procedimento para averiguação da capacidade da parte ou outro sujeito processual, acaso houvessem indícios ou mera alegação de incapacidade. Deveria abrir-se um incidente, que, nos termos do Estatuto mencionado (vide art. 2, §2º), chegasse a uma conclusão neste sentido. Em qualquer das hipóteses, deve ser intimado a participar o MP, nos termos do art. 178, II do CPC. A saída aparente também pode residir no comando do art. 245 do CPC, em que, caso o oficial de justiça entenda ser o réu mentalmente incapaz ou impossibilitado de receber a citação, deverá fazer certidão nesse sentido, com descrição minuciosa da ocorrência, deixando de realizar o ato citatório. Ocorre que tal hipótese também acaba passando por cima da presunção geral de capacidade estabelecida no Estatuto. Quanto ao tema, Daniel Neves assinala que “caso não haja interdição, caberá ao juiz, no caso concreto, analisar a capacidade em termos de discernimento e capacidade do sujeito, preservando-se dessa forma a confiabilidade mínima na prova testemunhal”. NEVES, 2016, op. cit., p. 742-743.

⁵³⁴ NEVES, 2016, op. cit., p. 1469.

Também é interessante a postura de tratamento distinto para autor e réu no procedimento da PAP, especialmente se levarmos em conta o entendimento de Yarshell, predominantemente seguido na doutrina, de que não haveriam partes na PAP, mas sim interessados, pois todos seriam em certa, e até igual medida, interessados na produção da prova⁵³⁵. É que o NCPC previu a irrecorribilidade quase que total em relação ao indeferimento da prova, no que toca ao requerente, esquecendo-se de trazer qualquer determinação quanto ao requerido, para, por exemplo, os casos em que haja prova deferida que viole direitos e garantias fundamentais.

A ausência de tal previsão faz com que parcela da doutrina entenda pelo cabimento de recursos de apelação ou agravo de instrumento, mesmo *contra legem*. De todo modo, caso não coubesse recurso, o que não nos parece o caso, caberiam outras medidas impugnativas autônomas.

Ressalte-se, mais uma vez, que a decisão que indefere a produção de prova não consta do rol do art. 1.015, do CPC. Isso nos leva a crer que seria impugnável apenas por Apelação (art. 1.009, §1º, do CPC).

A doutrina⁵³⁶, contudo, fala em, ao menos, duas hipóteses peculiares, em que uma decisão que indefere a produção antecipada de prova seria impugnável por Agravo de Instrumento.

A primeira hipótese é a de decisão que verse sobre pedido de exibição de documento ou coisa. Por expressa previsão legal, decisão interlocutória que indeferir a produção desse tipo de prova é agravável, pela dicção do art. 1.015, VI, do CPC⁵³⁷. Pensando no sistema como um todo, inafastável a via recursal.

A segunda hipótese é de agravo por instrumento quando houver decisão que indefere parcialmente a produção da prova, ou seja, indefere a produção de uma das provas requeridas e não a totalidade dos pedidos. Também é o caso para decisões que versem sobre competência, composição da relação processual, deferimento ou

⁵³⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁵³⁶ DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. v. 3., 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 214-215.

⁵³⁷ Neste ponto, podemos verificar fundamento para defesa da aplicação das peculiaridades do rito de cada procedimento quando for requerido em produção antecipada de prova em caráter incidental, conforme defendido neste trabalho, sem prejuízo de seguir o regramento recursal também na hipótese de PAP em caráter antecedente. Vide subtópico 4.4 e Enunciado FPPC 634. Se o requerente pretende produzir documento, o procedimento será o do art. 381 e ss., contudo, se tal requerimento for direcionado à outrem, forçando-o a exibir algo, o regramento a ser seguido será o do art. 396 e ss.

indeferimento de quesitos, e outras providências incidentais que possa gerar prejuízo imediato.

Se o requerente postular a produção antecipada de mais de uma prova em cumulação de pedidos, e o juiz não admitir por decisão interlocutória a produção de uma delas, caberá agravo por instrumento. Trata-se de decisão interlocutória de mérito. Ainda é possível que algum interessado requeira a produção de qualquer outra prova no mesmo procedimento, conforme já visto, desde que relacionada ao mesmo fato ou relação jurídica. Se houver inadmissão desta prova, a regra dita acima se repete.

Vale dizer então, que, como regra geral, acaso a decisão seja de rejeição total da produção da prova, o caso será de sentença apelável, por expressa previsão legal. Se, porém, houver cumulação de pedidos – mais de uma prova – e o juiz não admitir, por decisão interlocutória, a produção de apenas uma delas, o caso é de agravo de instrumento, por tratar-se de decisão interlocutória de mérito (art. 1.015, II)⁵³⁸.

A utilização do agravo se justifica até mesmo porque, em não havendo decisão quanto ao mérito, rara será a hipótese de apelação. Em não havendo apelação, impossível concentrar a impugnação para o final e nem seria razoável que o autor tivesse que apelar suscitando irregularidades ao longo do processo⁵³⁹.

Não há espaço, portanto, para qualquer interpretação no sentido de que não há possibilidade de recurso no procedimento autônomo de produção antecipada de prova. Não faz sentido e nem tem como se encaixar na sistemática processual.

Outro aspecto importante é de que no procedimento de produção antecipada de prova se aplicam, ordinariamente, as hipóteses de agravo por instrumento das decisões que deferem, indeferem, revogam ou modificam tutelas provisórias; também das decisões que aplicam multa processual; decisão que versa sobre competência; decisão interlocutória que nega eficácia a negócio jurídico processual⁵⁴⁰; decisão de gratuidade da justiça; decisão que exclui litisconsorte; decisão que rejeita pedido de limitação de litisconsórcio; decisão que admite ou inadmite intervenção de terceiros; bem como as decisões interlocutórias com base no art. 485⁵⁴¹.

Também há que se destacar que não há qualquer impedimento formal apto a inviabilizar a oposição de embargos de declaração que vise integrar decisão sem

⁵³⁸ DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, op. cit., p. 146.

⁵³⁹ YARSHELL, 2016, op. cit., p. 1.042.

⁵⁴⁰ Por interpretação extensiva. Vide DIDIER Jr.; CUNHA, 2016, op. cit., p. 216.

⁵⁴¹ Art. 354, § único e Enunciado FPPC n.º 154: “É cabível agravo de instrumento contra ato decisório que indefere parcialmente a petição inicial ou a reconvenção.”

fundamento ou omissa, contraditória ou obscura, o cabimento típico dos embargos de declaração.

Poderíamos ainda ir além, bastando imaginar curioso, mas não raro, caso de litisconsórcio recursal entre interessados (“réus”) e o próprio autor, sobre o teor da sentença homologatória ou decisão interlocutória, ante o efeito *sui generis* que esse procedimento produz, acaso houvesse indeferimento de prova que interessasse a todos, por exemplo.

Por outro lado, havendo violação a direito líquido e certo à produção da prova (inafastável nas hipóteses do art. 381), será cabível mandado de segurança contra a decisão judicial. De qualquer forma, por se tratar de decisão terminativa⁵⁴², não há impedimento para a nova propositura do pedido em outro processo⁵⁴³.

Em ambos os casos, defesa ou recurso, o risco é que a pretexto de se interpretar, estar-se-ia, em verdade, criando algo que desafia disposição legal expressamente em contrário. Todavia, sabe-se da impossibilidade jurídica de sustentar-se tal dispositivo em sua literalidade.

4.8.7 Pedido contraposto e reconvenção na produção antecipada de prova

O CPC/15 permite que os interessados requeiram, no procedimento de PAP, a produção de qualquer prova (meio de prova) no mesmo processo, desde que relacionada ao mesmo fato *probando*. Haveria, com isso, natural ampliação do mérito do processo, com a formulação de demanda do requerido dentro do mesmo processo.

Trata-se do disposto no art. 382, §3º. Não há necessidade de instauração de novo processo para tanto, devendo o interessado valer-se daquele procedimento já aberto para também produzir sua prova.

Inicialmente, há que se considerar que, no contexto da PAP, há certa indeterminação quanto aos fatos, por este ser justamente um dos fundamentos de sua utilização: conhecer melhor os fatos, investigando-os. Assim, embora seja ônus do autor a delimitação dos fatos, é lícito que ele não o faça com tanta exatidão, dada sua própria condição de desconhecimento de alguns aspectos. Caso não fosse assim, a hipótese dos incisos II e III, do art. 381 estariam afastadas.

⁵⁴² Aquela que, por ausência de algum requisito processual, não resolve o mérito.

⁵⁴³ NEVES, Daniel Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 678.

Assim, não deve haver sentença de inadmissão da produção antecipada por conta da exata delimitação dos fatos quando o processo tiver sido instaurado justamente com a finalidade de obter melhores informações. Do mesmo modo, seria estranho se exigir que o réu trouxesse exata delimitação quando fosse ampliar objetivamente a lide, haja vista que não se pode exigir do mesmo que o faça. Acaso se exija, estaria o sistema exigindo o ajuizamento de um outro processo para tratar dos mesmos fatos, ou, do conhecimento dos fatos e, depois, dos fatos – agora sim, esclarecidos.

A decisão a qual nos referimos deve ser feita com base na ponderação⁵⁴⁴.

Os interessados podem fazê-lo no seu prazo para manifestação – arbitrado pelo juiz, ou na regra geral dos 5 (cinco) dias –, respeitados os limites da regra da estabilização do processo (art. 329) e a necessidade de produção conjunta das provas, desde que sem com isso acarretar excessiva demora.⁵⁴⁵

Como existe evidente restrição cognitiva, a prova deverá restringir-se ao mesmo fato ou relação jurídica. Fredie Didier entende que tal requerimento formulado pelo interessado citado se encaixa no tipo de pedido contraposto, por ser demanda formulada pelo réu, no mesmo processo em que esteja sendo demandado, sendo restrita a ampliação aos fatos ali debatidos⁵⁴⁶.

Acaso confirmada esta hipótese, há possibilidade de ocorrer ampliação subjetiva da demanda, ou seja, caso em que a nova prova a ser produzida envolva a participação de terceiro que não seja parte originária da ação⁵⁴⁷.

Pedimos licença para discordar quanto ao enquadramento, haja vista que o pedido contraposto tem certa vinculação ao requerimento principal, sendo, por exemplo, nos casos de extinção da ação principal, também extinto. Tal característica não pode, ao nosso ver, ser afastada na PAP como se uma peculiaridade fosse. Nesse aspecto, a possibilidade de promoção de outros meios de prova no mesmo procedimento, concedida pelo art. 382, §3º mais se assemelha à própria reconvenção⁵⁴⁸.

Certo é que este contra-ataque promovido pelo requerido também deverá vir acompanhado da justificação da sua necessidade, assim como na inicial do autor. Submetem-se aos mesmos requisitos, com a adição da vinculação da segunda prova em

⁵⁴⁴ YARSHELL, 2016, op. cit., p. 1.039.

⁵⁴⁵ DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, op. cit., p. 146.

⁵⁴⁶ DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, op. cit., p. 146.

⁵⁴⁷ CINTRA, op. cit.

⁵⁴⁸ Nesse sentido, NEVES, 2016, op. cit., p. 1.470.

relação à primeira. Em outras palavras, dizer o réu, de forma fundamentada, que a prova ali requerida toca os mesmos fatos, situação ou relação jurídica já em evidência.

Outra questão é que o fundamento utilizado pelo réu para apresentar sua necessidade de produção antecipada pode ser diverso daquele utilizado pelo autor, razão pela qual seu deferimento fica também relacionado ao enquadramento nas hipóteses do art. 381 ou nas demais previstas no ordenamento.

É de uma lógica insofismável a possibilidade de produção de provas acerca de um mesmo fato ou relação jurídica (art. 381, §5º). Se um dos sujeitos processuais do processo possui interesse na produção de outro meio de prova sobre mesmo fato ou relação jurídica, é bem razoável que seja permitida essa produção no mesmo processo.

Relação jurídica é noção mais ampla do que *fato*. Na relação jurídica temos um complexo de situações ou um completo de fatos. Não faz sentido limitar a produção de prova antecipada ou mesmo o pedido contraposto/reconvenção a um só fato.

Exemplificamos. Imaginemos um acidente de trânsito em que dois veículos colidiram. O proprietário do veículo A visa comprovar o fato alegado no sentido de que o condutor do veículo B avançou no sinal vermelho. Quanto a isso, requer a produção de uma prova; pode ser pericial, testemunhal etc. Uma vez citado, o proprietário e condutor do veículo B não apenas irá acompanhar a produção da prova requerida por A, como também deseja produzir uma prova; deseja provar que A estava embriagado, sem o discernimento adequado para poder atestar de que modo os fatos ocorreram. Percebam que são dois fatos que se visa provar, decorrentes de uma mesma relação jurídica, não havendo razão para limitação quanto à prova requerida por B em sede de defesa/pedido contraposto/reconvenção.

Há evidente facilitação do contraditório e clara conexão probatória, a justificar, inclusive, a reunião das demandas e processo simultâneo⁵⁴⁹.

Sempre vale ressaltar, no entanto, que acaso a prova requerida em pedido contraposto/reconvenção – a depender do entendimento de cada um –, implique em excessiva demora, deverá o juiz indeferi-la, em atenção à duração razoável do processo e simplicidade procedimental. Existem entendimento em sentido contrário, sustentando a relevância da adequação da medida para que se chegue ao melhor esclarecimento dos

⁵⁴⁹ DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, op. cit., p. 147.

fatos, não sendo o tempo o fator crucial nestes termos, acaso feita interpretação teleológica e sistemática⁵⁵⁰.

Neste sentido, é óbvio que a prova requerida pelo demandado sempre acarretará um acréscimo de tempo no processo todo, contudo, o que se deve apreciar é a relação entre o maior tempo dispensado e as vantagens que a produção aglomerada trará.

Até porque, se for o caso, seguindo entendimento de Daniel Neves⁵⁵¹, poderá o magistrado decidir parcialmente o processo, homologando individualmente as provas, o que dará maior amplitude à possibilidade de produção de prova por parte do requerido, evitando assim que o mesmo tenha de se valer de uma ação autônoma diversa daquela inicial (até porque ensejaria litispendência e os efeitos práticos para o cartório, partes e magistrado seriam os mesmos).

Também significará, via de regra, ampliação da atividade probatória a ser realizada, bastando pensar nos quesitos que o mesmo apresentará ao perito em eventual produção de prova pericial.

O juiz deverá verificar com base na proporcionalidade a questão do tempo, comparando a adequação da medida de um e outro interessado a partir do tempo que a prova de cada um poderá levar para ser produzida, ou mesmo a complexidade inerente à prova, geralmente sendo fixada como base de aceitação os requerimentos formulados pelo autor, pois feitos primeiro. Mas tal noção não é absoluta, haja vista que para o esclarecimento de determinados fatos, a prova pericial poderá ser a indicada. Neste caso, tendo o autor requerido prova testemunhal, jamais poderá servir de parâmetro de adequação para controle do tempo e utilidade da prova requerida pelo réu.

4.8.7.1 Desistência

⁵⁵⁰ Quanto ao tema, Yarshell chega a defender, expressamente, que nem sempre o tempo da medida deverá importar no seu indeferimento, sendo mais importante do que o tempo a adequação do meio de prova ao fato relevante. Nas palavras do autor: “Delimitados os fatos, se a providência requerida for idônea ao esclarecimento pretendido, é irrelevante o tempo necessário para tanto.” Yarshell sustenta, por fim, que o indeferimento da medida requerida pelo réu, apenas o conduziria a distribuir uma ação em apartado, o que não faz sentido. Ou pior, a prova seria conduzida para o processo onde se visa declarar o direito material, e o tempo gasto na produção da prova lá acabaria sendo o mesmo ou até maior. YARSHELL, 2016, op. cit., p. 1.039.

⁵⁵¹ NEVES, 2016, op. cit.

Hipótese interessante é a da desistência do processo na produção antecipada de provas. Havendo tal hipótese, a regra se diferencia um tanto da regra geral do código em relação ao procedimento comum.

Aqui, mesmo quando o requerido não tiver formulado pedido de produção de prova, uma vez iniciado o procedimento, não será possível a livre desistência do autor⁵⁵². Isto porque vigora no nosso sistema o princípio da comunhão da prova (aquisição)⁵⁵³, o qual dispõe que a prova não interessa apenas a quem a tenha requerido, mas também ao adversário, que naturalmente poderá se opor à desistência.

É o caso da tentativa de desistência do autor ao perceber que a prova lhe tenha sido desfavorável, com vistas a evitar sua homologação. Há que se ter a concordância do réu.

Do réu poderá ser exigida a demonstração do interesse no seguimento do processo com a conseqüente produção da prova⁵⁵⁴, mas nada mais do que isso. Também pode, o demandado, alargar o objeto do processo. Destaque-se que o 382 admite apenas o alargamento da instrução preliminar em relação aos meios de prova e não com relação aos fatos⁵⁵⁵.

4.8.8 Sentença e entrega dos autos

Também neste aspecto o legislador repetiu regra da justificação no código de processo de 1973, notadamente quanto ao art. 866.

Após a produção da prova, será proferida sentença constitutiva e homologatória da prova⁵⁵⁶. Homologa a produção da prova e a constitui (pré-constitui⁵⁵⁷) para uso em eventual e futuro processo. A sentença possuirá eficácia idêntica para ambas as partes, pouco importando a posição que ocuparam no processo.

Não haverá valoração da prova e nem mesmo qualquer apreciação acerca do eventual direito material relacionado à alegação de fato que se visou comprovar. A

⁵⁵² TALAMINI, 2016, op. cit., p. 96.

⁵⁵³ Tema já abordado no subtópico 1.2 do presente trabalho.

⁵⁵⁴ YARSHELL, 2016, op. cit., p. 1.039.

⁵⁵⁵ Vide subtópico que trata do pedido contraposto/reconvenção.

⁵⁵⁶ DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2017, op. cit., p. 168. SILVA, 2009, op. cit., p. 472.

⁵⁵⁷ TALAMINI, 2016, op. cit., p. 97.

valoração da prova será feita no processo principal onde se debaterá o direito material envolvido⁵⁵⁸, se for o caso, conforme veremos em capítulo posterior deste trabalho.

Quanto à validade e eficácia da prova, vale dizer que não dependem da homologação e perduram por tempo indefinido, respeitados os prazos extintivos do direito material aplicáveis aos fatos objeto da atividade de instrução realizada⁵⁵⁹. Nesse sentido, podem as partes utilizar a prova produzida para outros fins, ainda que na pendência da homologação. Tal entendimento já era sedimentado na vigência do sistema anterior.

Talamini aponta que eventual constatação de prescrição ou decadência quanto ao direito material que se relacione com a prova que se pretende produzir antecipadamente não obsta, por tal razão, a produção da prova e nem mesmo inviabiliza o ajuizamento da ação principal, como se daria nos termos do art. 310⁵⁶⁰.

Neste ponto, a produção antecipada se diferencia, mesmo a despeito de aproximado caráter cautelar quando requerida com base na urgência. O que pode ocorrer é o indeferimento da prova por ausência de interesse, haja vista que a sua utilização posterior será inútil.

E não se trata de valoração ou avaliação da prova, mas sim de uma análise “macro” das circunstâncias, sem que isso enseje inadequada conduta do juiz ou mesmo avanço na limitação cognitiva relativa ao procedimento.

A sentença deverá conter, ainda, um capítulo relativo à condenação nas despesas processuais⁵⁶¹. Vale dizer que, a priori, tais despesas devem correr por conta do requerente da PAP, seguindo a regra geral em matéria de custas⁵⁶². Ocorre que, de acordo

⁵⁵⁸ “No eventual processo subsequente, o juiz dará à prova o seu valor. Sempre mediante decisão fundamentada, poderá até determinar seu complemento, esclarecimento ou, quando possível e estritamente necessário, sua repetição”. TALAMINI, 2016, op. cit., p. 75-101.

⁵⁵⁹ YARSHELL, 2016, op. cit., p. 1.043.

⁵⁶⁰ TALAMINI, 2016, op. cit. Em sentido contrário ao do pensamento do professor: “A cognição na ação probatória se limita ao direito ou não à prova, mas excepcionalmente seria possível negar a prova e julgar improcedente o mérito da relação de direito material, desde que seja com fundamento nas alegações do autor ou nos elementos trazidos pela contestação. Assim como ocorre na cautelar de antecipação de prova, é possível reconhecer, por exemplo, de plano a prescrição, decadência, pagamento, etc.”. ALMEIDA, 2013, op. cit.

⁵⁶¹ Considera-se “despesa processual” todo custo suportado pelo jurisdicionado que esteja diretamente vinculado à existência e tramitação de um processo judicial. Todos os gastos que se fazem com e para o processo, desde a petição inicial até a sua extinção. Como despesas se incluem as relativas ao preparo do feito, à taxa judiciária, selos devidos ao Estado, emolumentos, honorários profissionais; despesas com correio, telégrafo etc.

⁵⁶² Humberto Theodoro entende que as custas serão arcadas pelo vencido no processo principal, acaso a prova seja utilizada em futuro processo de certificação de direito material. Somar-se-iam as custas e, ao

com o art. 382, §3º, do CPC, é possível que outros interessados requeiram a produção de outras provas sobre os mesmos fatos, razão pela qual as custas de cada prova correrão inicialmente por responsabilidade daquele que requereu⁵⁶³.

Outra hipótese é a de haver outros interessados na diligência probatória, que podem opor alguma resistência à sua realização, caso no qual aquele que, ao final (do processo declaratório futuro), sair vencido, deverá ser condenado nas despesas adiantadas pelo requerente (na PAP), acrescido dos honorários advocatícios.

Neste aspecto há clara diferenciação entre as custas do processo e os honorários sucumbenciais (vistos no subtópico seguinte). Enquanto as custas devem ser antecipadas por aquele que requer a produção da prova e somente poderão ser restituídas ao final da eventual ação futura, na qual se discutirá o direito material controvertido, com relação aos honorários, deverá haver arbitramento já em sede de PAP.

O objeto da PAP é a produção da prova. Acaso a prova chegue a ser produzida, proporcionará o melhor conhecimento dos fatos para todos os interessados envolvidos, não havendo prejudicados quanto a isso, de modo que nada justifica que um ou outro arque com as despesas, mantendo-se apenas a antecipação por conta de lógica e organização judiciária.

Antes do objeto se satisfazer, contudo, pode haver impugnação por parte de outro sujeito envolvido, de modo a gerar uma decisão quanto à impugnação, seja pela admissão ou não da prova. Aqui sim existe uma “derrota no processo”. Uma coisa é o resultado: prova produzida, outra coisa é haver uma impugnação e ela ser negada. Havendo resistência, deverá ao oposto honorários, aquele que sucumbir. A despeito da prova aproveitar aos dois em caso de deferimento da sua produção, aquele que gostaria que a prova não fosse produzida foi derrotado.

Pode até ocorrer de uma parte tentar evitar a produção de uma prova e esta se lhe apresentar benéfica. Tal fato, no entanto, não será capaz de afastar a sucumbência.

final, o vencido pagaria. THEODORO JR., Humberto. *Processo Cautelar*. 22ª ed. São Paulo: Leud, 2005, p. 322. No caso, haveria a restituição pelo vencido, ao vencedor, das custas pagas ao final da PAP.

⁵⁶³ Nesse sentido, vale destacar que Yarshell aponta entendimento no sentido de que as custas e honorários, numa primeira análise, deveriam sempre ser rateados, levando em conta que o processo de antecipação da prova é autônomo e que a qualidade de vencido não pode ser levada em conta neste procedimento. Talamini, de outro lado, aponta que, a despeito da comunhão das provas vigorar e de se tratar de processo autônomo do mesmo modo, o procedimento comum prevê saída diferente. Defende que quem deve arcar com os custos da produção da prova é o requerente. YARSHELL, 2016, op. cit., p. 1.043-1.044. TALAMINI, 2016, op. cit., p. 98. Ainda quanto ao tema, e a despeito do posicionamento geral, Yarshell chega a admitir o arbitramento de honorários quando houver resistência que gere trabalho expressivamente superior, sem prejuízo de eventual sanção por litigância de má-fé. YARSHELL, 2016, op. cit., p. 1.043-1.044.

Aqui vale registrar também a possibilidade de um interessado ou vários interessados concordarem com a produção de prova, desejando participar, o que significaria o rateio entre todos⁵⁶⁴. Ou seja, caso todos tenham interesse na produção da mesma prova, nada obstará que as despesas fossem rateadas, ressalvada a hipótese de beneficiário da AJG. Acreditamos que tal análise será feita à luz do caso concreto.

Vale frisar que a prova produzida de forma antecipada não é do exclusivo interesse do autor da medida, conforme bem sabido, haja vista que a prova se refere aos fatos e se presta a atestar algo, independentemente de quem a requereu ou produziu, bem como a qual resultado chegou. Todos os interessados têm o direito de utilizá-la para a finalidade que entender cabível, não apenas quando tiver também requerido outras provas nos termos do art. 382, § 3.º. Vigora o princípio da comunhão das provas⁵⁶⁵. Isso não significa, contudo, que as custas necessariamente deveriam ser divididas.

Até por isso, após a sentença⁵⁶⁶, os autos permanecerão em cartório durante 1 (um) mês⁵⁶⁷ para extração de cópias e/ou certidões por parte dos interessados, momento este que, uma vez encerrado, permitirá a entrega dos autos ao promovente da medida – na forma eletrônica ou física, conforme art. 383, do CPC/15.

Ainda que se oportunize tal prazo⁵⁶⁸ para a retirada de cópias por parte dos interessados, a entrega dos autos ao autor é questão um tanto delicada, haja vista que a

⁵⁶⁴ DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2017, op. cit., p. 168.

⁵⁶⁵ TALAMINI, 2016, op. cit., p.98.

⁵⁶⁶ Após efetivada a última intimação quanto aos termos da decisão e, não havendo recurso. Tal intimação poderá se feita em nome do advogado.

⁵⁶⁷ “O legislador não estabeleceu a contagem em dias, logo, não se aplica o disposto no artigo 219 do CPC, que prevê a contagem somente dos dias úteis. É o que se extrai d’uma leitura a *contrario sensu* de tal dispositivo. O que tão somente se aplica, é a regra básica de que, recaindo em dia que não haja expediente forense, será protraído o prazo para o primeiro dia útil seguinte”. PINTO FILHO, Francisco Pereira. *Algumas questões sobre a produção antecipada de prova no novo CPC: entendendo esse precioso mecanismo*. 2016. Disponível em: <<https://pereirafranciscofilho.jusbrasil.com.br/artigos/347610029/algumas-questoes-sobre-a-producao-antecipada-de-prova-no-novo-cpc>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

⁵⁶⁸ Curiosidade quanto ao prazo é que “O código de Processo Civil de 1939 previa a entrega dos autos ao autor em 48 horas – o que era pouco para garantir acesso aos demais interessados. No código de Processo Civil de 1973, previu-se que os autos permaneceriam definitivamente em cartório. O Código de Processo Civil de 2015, em certa medida, retoma o modelo de 1939, ainda que outorgando um prazo maior para que os interessados obtenham cópias e certidões”. TALAMINI, 2016, op. cit., p. 99. Entendemos que não se trata de repetir, ainda que em certa medida, o código de 39, haja vista que a realidade de hoje é absolutamente diversa daquela; a maioria dos processos correrá pela via digital; e nada justifica que os autos fiquem arquivados em cartório. Além disso, obviamente poderá ser alegado justo motivo para se prorrogar tal prazo em relação aos interessados, viabilizando que os mesmos retirem as cópias e certidões de que necessitem, seguindo regra geral do código. Além disso, não houve determinação de que os autos devam ser destruídos em caso de não retirada pelo requerente da medida, razão pela qual o prazo de trinta dias pode até ser simbólico na prática, bastando que o requerente da PAP não promova sua retirada, ou demore tempo exacerbado para tanto.

prova produzida pode lhe ter sido prejudicial, motivo pelo qual o autor não apenas poderá retirar os autos, como os destruirá o quanto antes⁵⁶⁹.

Para que se diminua o volume de documentos arquivados no cartório, entrega-se os autos, liberando espaço. No caso dos autos digitais, não há discussão quanto ao prazo para eventuais extrações de cópias por parte dos interessados, haja vista que a Lei do Processo digital (Lei 11.419/2006), no seu art. 12, §1º, prevê a obrigação de conservação dos mesmos⁵⁷⁰.

A entrega se dá ao requerente tendo em vista o caráter exclusivamente probatório da produção antecipada de prova. A utilização da prova, contudo, poderá se dar de acordo com a conveniência do requerente, no momento em que este optar.

Outra questão que pode ser objeto de discussão é a possibilidade de utilização da prova por qualquer dos interessados envolvidos. Enquanto gira o debate entre aqueles que participaram da prova, não há dúvida; qualquer um poderá utilizar a prova em processo futuro, mesmo que não lhe tenha sido benéfica.

A questão, em verdade, versa sobre a legitimidade para utilização da prova por parte daqueles que, mesmo regularmente citados, se mantiveram silentes, ou ainda, aqueles que deveriam ter sido intimados a participar e não o foram, mas, contudo, souberam da produção da prova que lhes toca e sabem que a esta lhes foi benéfica.

Eduardo Talamini cogita ser possível que alguém que não participou do processo de PAP use a prova ali obtida contra alguma ou ambas as partes de tal processo. Entende ser possível desde que aquele contra quem a prova vai ser utilizada tenha participado da produção probatória em regime de efetivo contraditório. Porém, para que seja viável tal hipótese o terceiro teria de ter acesso aos autos⁵⁷¹.

Ocorre que, pode ser que aquele não consiga ter acesso aos autos da produção antecipada nos trinta dias que antecedem sua entrega ao autor. Nesses casos, acaso já tenha havido a entrega dos autos ao requerente da medida, o terceiro poderá requerer que eles sejam exibidos pelo autor da antecipação, que só se eximirá de exibi-los nas hipóteses

⁵⁶⁹ NEVES, 2016, op. cit., p. 1.471.

⁵⁷⁰ Art. 12. A conservação dos autos do processo poderá ser efetuada total ou parcialmente por meio eletrônico. § 1º Os autos dos processos eletrônicos deverão ser protegidos por meio de sistemas de segurança de acesso e armazenados em meio que garanta a preservação e integridade dos dados, sendo dispensada a formação de autos suplementares.

⁵⁷¹ TALAMINI, Eduardo. *Produção antecipada de prova*. 2016c. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235462,51045-Producao+antecipada+de+prova/>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

do art. 404⁵⁷². Bom ressaltar que o mesmo direito à exibição tem o requerido da produção antecipada, se por qualquer razão deixar de obter cópias e certidões no prazo de trinta dias⁵⁷³. A despeito disso, a maioria dos processos envolvendo PAP já são ou serão pela via eletrônica, de modo que tal circunstância não deve ser tão recorrente.

A sentença proferida na PAP, como qualquer outra decisão judicial, tem aptidão para a coisa julgada. A coisa julgada, no entanto, só abarcará a declaração sobre a existência ou não do direito autônomo à prova⁵⁷⁴, não havendo que se falar em coisa julgada quanto ao mérito da pretensão futura.

Luiz Flávio Yarshell afirma que a decisão que indefere a produção antecipada faz coisa julgada material porque é sentença declaratória negativa e a procedência apenas criaria preclusão *pro judicato*, impedindo que o juiz defira novamente a produção da mesma prova, salvo se houver fatos ou circunstâncias novas. No entanto, é necessário reiterar que ambas as decisões não interferem na admissão e valoração da prova na demanda de mérito.

Não se pode cogitar a hipótese de não haver nova produção daquela prova por conta de já ter sido produzida, ou algo do tipo, salvo no caso de o mesmo requerente da produção inicial vier a requerê-la no processo futuro⁵⁷⁵.

Quem entende no sentido de não haver coisa julgada se pauta no clássico entendimento de que a prova produzida é incompleta (não provisória), pois ainda haveria de ser validada e valorada.

4.8.8.1 Utilização da prova e modo de ingresso em outro processo⁵⁷⁶

Nem sempre a prova produzida antecipadamente será utilizada em processo futuro. Contudo, havendo interesse na utilização posterior (seja em processo judicial ou

⁵⁷² Quanto ao tema, ver subtópico deste trabalho que trata da sentença e entrega dos autos.

⁵⁷³ TALAMINI, 2016c, op. cit.

⁵⁷⁴ Aparentemente no mesmo sentido, Yarshell: “Não se pode falar na formação de coisa julgada material – não ao menos em sua concepção clássica – porque não há declaração do direito (sequer a valoração dos fatos), e, portanto, não há eficácia substancial a se tornar imutável. Contudo, embora não seja possível invocar a objeção correspondente, para evitar a produção de certa prova já produzida é preciso considerar que não se pode submeter o demandado à repetição injustificada da mesma atividade de jurisdição”. (YARSELL, 2016, op. cit., p. 1.038.) Quanto ao tema, em abordagem mais rígida, TALAMINI, 2015, op. cit., p. 597.

⁵⁷⁵ Tal entendimento, no entanto, só fará lógica se se admitir contraditório e ampla defesa, inclusive com possibilidade de via recursal, nos autos originários onde a prova primeiramente foi produzida.

⁵⁷⁶ Sobre o tema, leitura imprescindível: AMARAL, op. cit., p. 98 e ss.

administrativo), a prova produzida ingressará nos novos autos como prova emprestada, também chamada de trasladada (art. 372, do CPC).

Em outras palavras, a prova eventualmente produzida através de processo autônomo de produção de provas estará documentada nos autos que ficarão em posse do requerente da medida e poderá ser utilizada em futuro processo onde se debata a controvérsia na relação material. A prova produzida interessa às partes interessadas e não apenas ao requerente da medida.

Como dito, nem sempre a prova antecipada será depois utilizada em algum processo. Não há qualquer obrigação quanto a esta vinculação, nem mesmo no caso de requerimento fundado na urgência. Porém, quando utilizada em processo subsequente, a prova antecipada ingressa como prova emprestada.

Nesse segundo processo, ou seja, a ação principal onde se debaterá o direito material, a prova emprestada tem a forma documental, mas é apta a preservar o seu valor originário de prova pericial, testemunhal, independentemente da natureza originária. Noção importante é a de que, para que seja admissível o empréstimo, a prova deverá ter sido produzida perante o Poder Judiciário e a parte contra a qual se pretende utilizá-la tem de ter participado tem de haver, em regime contraditório, de sua produção⁵⁷⁷.

Também entendemos que não poderão ser exigidos os requisitos próprios do regramento da prova emprestada com relação à prova produzida antecipadamente, tais quais: demonstração da impossibilidade de produção da prova; dificuldade extrema de produção; elevado custo para a produção nos autos principais ou alto dispêndio de tempo apto a influenciar na duração razoável do processo.

Além desses, outros “aspectos devem ser considerados na aferição do interesse de agir e da legitimidade passiva na medida de produção antecipada de prova. Ou seja, se já se tem em vista utilizar a prova em um futuro processo contra determinada pessoa, essa precisa figurar como ré da produção antecipada, para que possa participar do procedimento probatório – o que viabilizará o futuro empréstimo da prova”⁵⁷⁸. Se o empréstimo presumiria, portanto, a identidade das ações. Entendemos que não. Poderá haver participação de mais sujeitos em litisconsórcio facultativo, por exemplo, na ação futura em que a prova antecipada será utilizada, hipótese na qual a prova só seria utilizada contra parcela dos ali réus.

⁵⁷⁷ TALAMINI, 2016, op. cit.

⁵⁷⁸ TALAMINI, 2016, op. cit.

O STJ já se manifestou que, diante das vantagens da sua utilização, deve, sempre que possível, se admitir a utilização da prova emprestada, desde que não haja violação ao contraditório⁵⁷⁹.

4.9 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Quanto aos honorários, temos duas correntes. Aqueles que seguem a regra geral do CPC, constante do art. 85, e aqueles que defendem uma antiga posição adotada pelo STJ, no sentido de que não há possibilidade de arbitramento de honorários sucumbenciais na PAP⁵⁸⁰.

Como já afirmado em capítulo anterior, defendemos a posição que não apenas é possível como é obrigatório o arbitramento de honorários advocatícios no caso de haver resistência na produção da prova⁵⁸¹. É o que diz a regra geral do Código de Processo de 2015 e não faz qualquer sentido ser diferente na PAP.

Em sentido contrário, aqueles que entendem que são indevidos honorários na produção antecipada de prova, o fazem pois argumentam que, se tratando de providência

⁵⁷⁹ Nesse sentido, Enunciado FPPC n. 52: “(Art. 372): Para a utilização da prova emprestada, faz-se necessária a observância do contraditório no processo de origem, assim como no processo de destino, considerando-se que, neste último, a prova mantenha a sua natureza originária.”

⁵⁸⁰ No sentido de não ser possível arbitramento de honorários advocatícios em sede de produção antecipada de provas: OBRIGAÇÃO DE FAZER – Exibição de documentos – Recebimento da petição inicial como "produção antecipada de prova", nos termos do art. 381, inciso III, do novo Código de Processo Civil – Sentença de procedência da ação, com a condenação do autor ao pagamento de verba honorária – Insurgência do autor – Sentença parcialmente reformada – Procedimento adotado no presente caso que é de rito sumário, sem caráter contencioso, não cabendo valoração acerca das provas apresentadas pelo magistrado, nem tampouco condenação das partes ao pagamento de verba honorária – Recurso provido, em parte. (TJ-SP - APL: 10007977320178260224 SP 1000797-73.2017.8.26.0224, Relator: Lígia Araújo Bisogni, Data de Julgamento: 28/06/2017, 14ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 28/06/2017). A decisão apresenta deixou de arbitrar honorários por entender que não seriam cabíveis em sede de PAP, bem como por entender que não houve resistência da parte adversa quanto à apresentação dos documentos requeridos pelo autor. A sentença de primeiro grau havia condenado o autor ao pagamento de honorários com base no segundo fundamento mencionado. O Tribunal reformou a decisão quanto a este ponto, mantendo, de outro lado, a improcedência quanto ao pedido de valoração da prova e cobrança discussão do débito cobrado, nos seguintes termos: “No mais, a r. sentença de primeiro grau merece ser mantida, posto não caber qualquer juízo de valor acerca dos fatos e provas juntados aos autos, tal como previsto no § 2º, do art. 382, do novo Código de Processo Civil, devendo, como bem asseverado pelo d. Magistrado “a quo”, o autor, se entender necessário, ajuizar ação de conhecimento para discussão do débito cobrado”.

⁵⁸¹ Nesse sentido, dentre outros: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed. v. 8, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2005. DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, op. cit., p. 148. Também nesse sentido, STJ, 4ª t. AGRG nos EDcl no Ag n. 1.042,580 /MG, Min. Aldir Passarinho, j. em 16.11.2010, publicada no Dje de 29.11.10.

destinada a colheita de prova, cuja verificação posterior possa tornar-se impossível ou difícil, inexistente litígio ensejador da sucumbência⁵⁸².

Há ainda corrente intermediária, que defende que existe possibilidade de serem arbitrados honorários sucumbenciais quando houver resistência do réu, gerando, assim, trabalho expressivamente superior do advogado⁵⁸³. Cabe ressaltar que Humberto Theodoro Júnior entende que somente é cabível a condenação aos ônus de sucumbência se houve má-fé da parte⁵⁸⁴.

Interessante medida que poderia ser adotada seria a da condenação em honorários advocatícios e despesas para os casos em que a parte insista em ingressar com um processo judicial mesmo sendo por ele sabido que estaria em desacordo com a prova. Seria uma espécie de punição para aqueles que não tenham responsabilidade na condução da resolução de uma controvérsia⁵⁸⁵. O sistema atual não prevê tal possibilidade.

Não querendo por fim ao debate, mas apenas para elucidar, reafirmamos o entendimento de que são cabíveis honorários advocatícios em sede de PAP.

4.10 ÔNUS DE PROVAR NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA

Aspecto importante e sem grande repercussão na doutrina é a questão do ônus da prova no procedimento autônomo de produção de prova. Antes de entrar na discussão propriamente dita, contudo, teremos que dar um passo para trás, no sentido de traçar premissas acerca da regra do ônus da prova.

A priori, o ônus de provar segue uma regra específica muito clara: aquele que alega, prova. Se for o autor, provará os fatos constitutivos do seu direito; se for o réu, os fatos impeditivos, modificativos e/ou extintivos do direito do autor. É o que dispõe o art. 373, I e II, do CPC. Assim, a repartição da carga probatória é feita com base na natureza do *thema probandum* e no polo processual do sujeito⁵⁸⁶.

⁵⁸² STJ, REsp 39441, rel. Min. Cláudio Santos, j. 15.12.1993, DJU 7.3.1994, p. 3662.

⁵⁸³ TALAMINI, 2015, op. cit., p. 597; DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, op. cit., p. 14.

⁵⁸⁴ THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol. 1. 57ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 938.

⁵⁸⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 81-83.

⁵⁸⁶ BURIL, Lucas, PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 82.

O instituto, já afirmado como espinha dorsal do processo civil⁵⁸⁷, trata-se de uma saída prevista no sistema, apta a permitir uma decisão definitiva, mesmo nos casos onde não haja convicção de certeza.

O procedimento do processo pode se encerrar sem que o julgador esteja apto e convicto a proferir uma decisão fundamentada e lógica. Assim, não sendo possível o pronunciamento *non liquet*, ou mesmo o julgamento por outros meios (morais, por sorteio, critério econômico etc.), deve fazê-lo com base em um critério racional; daí a utilização da regra do ônus da prova⁵⁸⁸. Ou seja, é regra subsidiária para o caso de não haver material probatório necessário a sustentar uma pretensão.

A regra de ônus da prova como regra de julgamento não implica na ausência de provas, mas em insuficiência para a comprovação das respectivas alegações.

O ônus da prova por ser visto de duas dimensões: subjetiva e objetiva. Trata-se de regra que não apenas toca o julgador quando da sua decisão, mas também com relação às partes no que tange à comprovação dos fatos e seu interesse no convencimento daquele. A primeira dimensão, subjetiva, serve como pressão à atividade processual das partes, portanto regra procedimental, cientificando-os sobre as suas responsabilidades probatórias em face dos fatos *probandos* que estão sob análise⁵⁸⁹. A segunda, objetiva, é regra de julgamento, que se refere ao julgador, é mecanismo justo e indispensável à solução da lide, quando não houver convicção suficiente, de modo a viabilizar um juízo positivo ou negativo sobre a pretensão examinada⁵⁹⁰.

A regra do ônus da prova, portanto, não é dever das partes, pois não há obrigação na produção de provas, mas sim a faculdade de instruir ou não o juízo⁵⁹¹.

Por outro lado, nas palavras de Lucas Buril e Ravi Peixoto:

Com efeito, convivem, desde há muito, o ônus de provar e o dever de produção de prova: o primeiro é referente à totalidade da prova, abrangendo as condutas dos sujeitos parciais e o julgamento da causa pelo magistrado; e a segunda, é referente a uma questão incidental, na qual uma parte tem o direito à produção de uma determinada prova e a outra tem o dever cooperativo de produzi-la, cabendo ao juiz decidir a questão, inclusive, se for o caso, sancionando a parte com presunção de veracidade dos fatos, com a sub-rogação do Estado-Juiz na

⁵⁸⁷ ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires: EJE, 1956 apud BURIL; PEIXOTO, 2017, op. cit., p. 55.

⁵⁸⁸ BURIL; PEIXOTO, 2017, op. cit., p. 82.

⁵⁸⁹ BURIL; PEIXOTO, 2017, op. cit., p. 87.

⁵⁹⁰ BURIL; PEIXOTO, 2017, op. cit., p. 87.

⁵⁹¹ Há quem entenda que tal concepção deveria ser alterada, passando-se a entender o ônus de provar como regra. Nesse sentido, PAULA RAMOS, Vitor de. *Ônus da prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 95-96.

conduta da parte – apreendendo e produzindo prova – a até mesmo com medidas coercitivas que levem a efetiva produção da prova⁵⁹².

Nesse sentido, nada impede que as partes mantenham seus ônus probatórios, contudo, acaso haja ciência de que a parte contrária possui uma prova em seu poder, pode o interessado requerer a exibição, criando um dever específico para o adverso. São coisas distintas e que convivem⁵⁹³.

Assim, a situação jurídica probatória é um ônus, mesmo levando em conta que o sistema admite deveres probatórios em relação às partes ou juiz, acaso haja direito ou poder-dever de provar, em situações probatórias específicas que não substituem o *onus probandi*⁵⁹⁴.

Outro importante fator recai sobre a análise dos poderes instrutórios do juiz. Extraído do art. 370, do CPC/15, o princípio inquisitivo em matéria probatória possibilita que o magistrado produza as provas que entender necessárias à busca da verdade, elucidando fatos e determinando diligências, com o fim de entregar tutela jurisdicional mais justa.

Há compatibilidade da atividade instrutória do juiz com a regra de inversão do ônus da prova⁵⁹⁵. É possível que se inverta o ônus probatório mesmo quando o magistrado possui iniciativa probatória, pois aplicável a carga probatória. Geralmente a iniciativa probatória do magistrado estará adstrita às chamadas provas referidas, pericial e inspeção judicial.

Estabelecidas de forma breve algumas premissas, vale entrar no que toca o objeto do presente trabalho. A possibilidade ou não de inversão do ônus probatório em sede de prova antecipada em caráter antecedente.

Em determinadas circunstâncias, o legislador abre exceções à regra de ônus da prova, haja vista que a regra geral de distribuição estática do ônus não atende a todas as situações que decorrem do direito material. Nesses casos, o legislador opta por estabelecer uma distribuição do ônus de provar de forma diferente.

Tal perspectiva se funda nos princípios da isonomia e da adequação, uma vez que a distribuição distinta do ônus pode dificultar demasiadamente o acesso à justiça, bem

⁵⁹² BURIL; PEIXOTO, 2017, op. cit., p. 97.

⁵⁹³ BURIL; PEIXOTO, 2017, op. cit., p. 98.

⁵⁹⁴ BURIL; PEIXOTO, 2017, op. cit., p. 98.

⁵⁹⁵ STJ, REsp 696.816/RJ, 3ª T., Rel. Min. Sidnei Beneti, j. 06/10/2009, Dje 29/10/2009.

como pelo intuito de se fornecer meios eficazes e uma tutela adequada de direito material, o quão mais seja possível.

Poderá, então, ser estabelecida previamente, nos casos em que a norma fixa ônus probatórios de situações específicas em disparidade à regra geral, a chama inversão *ope legis* ou inversão legal. De outro modo, o juiz também poderá inverter, acaso vislumbrando determinados requisitos legais, o risco da não prova no trâmite de um processo, sendo tal conduta denominada de inversão *ope iudicis*.

A inversão legislativa não se trata de inversão propriamente dita, por ser feita, a priori, haja vista que ocorre antes mesmo da propositura da ação, sendo a regra geral em relação àquela. É distribuição estática por outro critério⁵⁹⁶.

Além dessas hipóteses, temos, como visto no subtópico 2.4 deste trabalho, a possibilidade de convenções acerca do ônus da prova, que nada mais são do que negócios que tem por objeto a distribuição diferenciada da carga probatória em relação ao quanto determinado na lei.

Tal previsão encontra-se no art. 373, §3º, do CPC, mas também já era prevista no art. 333, do CPC/73. Para que ocorra, necessária a presença de sujeito capaz de direito, manifestação de vontade e objeto, que, no caso, será o ônus de provar.

Dito isto, cabe a análise da distribuição diversa do ônus de provar no âmbito da produção antecipada de prova, com as peculiaridades que lhe são inerentes. De modo geral, existe aparente incompatibilidade dos institutos⁵⁹⁷.

⁵⁹⁶ Exemplificando, afirmam Lucas Buril e Ravi Peixoto: “Um grande exemplo dessa modalidade de inversão é o previsto no art. 38 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe ser o ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária de quem as patrocina. (...). Frise-se: aqui, diferentemente do que ocorre na hipótese do art. 6º, VIII, a inversão é obrigatória, não dependendo do caso concreto, não havendo necessidade de decisão acerca do tema. São irrelevantes a demonstração da verossimilhança ou da hipossuficiência do consumidor. Essa inversão legal, segundo lição doutrinária, abrangerá tanto a publicidade enganosa como a abusiva, sendo sempre dever do fornecedor a demonstração da sua não caracterização”. (BURIL; PEIXOTO, 2017, op. cit., p. 111.)

⁵⁹⁷ Nesse sentido, artigo escrito por Luisa Rodrigues, publicado pelo Portal Processualistas: “Ora, se o CPC/2015 faculta à parte produzir antecipadamente a prova nos casos previstos no artigo 381, presente ou não a nota de urgência, entende-se que a inversão do ônus da prova deturpa o propósito da produção antecipada de prova. Como já dito, o escopo dessa ação probatória exaure-se na produção da prova cuja valoração será objeto de outra ação.”

É paradoxal admitir-se que uma parte (A) proponha produção antecipada de prova (com o intuito de produzir, antecipadamente, prova pericial, por exemplo), e o magistrado, por sua decisão, inverta o ônus da prova, obrigando a parte contrária (B) à produção antecipada de uma prova que não foi por si requerida. Isso implica, praticamente, alteração do polo processual, como se a parte ré (B) – e não a parte autora (A) – tivesse proposto a produção antecipada da prova. É claro que essa inversão foge ao objetivo da produção antecipada da prova, em especial porque o procedimento não comporta pronunciamento “sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas” (na dicção do artigo 382, § 2º, do CPC/2015). Nessa toada, arrisca-se a dizer que a produção de prova em ação de produção antecipada sequer pode ser considerada um ônus (isto é, não assume feição de um encargo), na medida em que seu

O procedimento de produção antecipada de provas prevê a possibilidade de, antes mesmo da existência de um processo onde se discuta a relação material controvertida, ou até mesmo como forma de estimular ou desestimular seu ajuizamento, alguém produza uma prova.

Tal procedimento simplificado, não comporta valoração e nem qualquer manifestação do juízo sobre ocorrência ou inoocorrência de fato. Questão é se haveria a possibilidade de requerer em tal procedimento a inversão ou dinamização do ônus probatório.

Nos parece que tal possibilidade esbarra justamente na impossibilidade de verificação dos fatos ou qualquer aprofundamento cognitivo por parte do julgador. Seria uma ação probatória iniciada por uma parte, e que envolveria decisão determinando que quem tem que provar é o adverso do requerente. Também não poderíamos falar, quanto à PAP, sobre a hipótese de chegar ao fim do processo sem que houvesse convicção do juízo, haja vista que se trata de procedimento antecedente, ou mesmo antecipado.

Como seu objetivo é, tão somente, viabilizar a produção da prova, não comporta valoração ou formação de convencimento. O procedimento da produção antecipada da prova é conciso e culmina na prolação de sentença homologatória, que atesta servirem os elementos produzidos como prova judicial. Assim, a análise da prova ocorrerá no bojo de uma ação (futura ou em curso), resguardando a ambas as partes o exercício do contraditório, em sua acepção substancial.

Já afirmamos que o juiz na produção antecipada de prova não manifesta juízo de valor, além disso, não terá acesso ao contexto fático, pois o objetivo do processo é apenas a produção da prova. Neste sentido, não tendo acesso ao contexto fático, o juiz não poderá dinamizar o ônus da prova.

Outra questão a ser levantada seria, para aqueles que se filiam à corrente que entende pela interpretação literal do art. 382, §4º, a ausência de defesa, razão pela qual restaria inviabilizada a inversão por não ser possível manifestação da parte, a despeito de haver a possibilidade de produção de prova, conforme art. 382, §3º. Não entendemos que

descumprimento não teria o condão de acarretar consequências como a procedência ou a improcedência dos pedidos de uma ação.

Portanto, se o escopo é a produção da prova e se, ao final, a sentença é meramente homologatória da prova produzida – a fim de que possa servir à instrução de processo subsequente, por exemplo – não se pode falar em ônus e em sua inversão. Compete à parte que propôs a produção antecipada de prova (no exercício de suas prerrogativas) produzir a prova que pretende. Foge à sua alçada imputar à outra parte o “ônus” de produzir uma prova, antecipadamente, de maneira indireta”.

a incompatibilidade surja dessa análise, até porque encampamos a ideia de interpretação não literal quanto à defesa.

Outro óbice seria que a não produção da prova por parte de quem suportaria os efeitos da dinamização (o “réu”) não traria o efeito processual desejado, justamente por não poder haver, naquele momento, decisão quanto ao mérito⁵⁹⁸.

Assim, entendemos que a inversão do ônus probatório em sede de PAP é algo incompatível⁵⁹⁹. Do mesmo modo, seria incompatível com qualquer ação cautelar autônoma, haja vista a sua natureza, bem como a limitada atividade do magistrado neste procedimento⁶⁰⁰.

Não podemos esquecer, contudo, das hipóteses de inversão do ônus *ope legis*, ou seja, aquelas em que a regra é invertida antes da existência do processo. O próprio legislador estabelece que em determinadas hipóteses, pela natureza do direito material envolvido, o ônus será de uma parte ou de outra.

Nesse caso, tomando o exemplo clássico como parâmetro, imaginemos uma controvérsia envolvendo um consumidor e um fornecedor, em clara relação de consumo. O fornecedor se utilizou de uma publicidade enganosa, típico caso do art. 38, do CDC, no qual o ônus da prova é do fornecedor.

Assim, poderia o consumidor ajuizar uma ação para obrigar o fornecedor a produzir aquela prova? Pensemos que o consumidor deixasse para que tudo fosse concentrado na ação declaratória, pelo rito comum. Neste caso, se o fornecedor fizesse prova no sentido contrário às afirmações do consumidor, provavelmente obteria uma decisão favorável. Se, contudo, não fizesse prova em sentido contrário às alegações do consumidor, provavelmente teria contra si uma sentença desfavorável.

⁵⁹⁸ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *A prova no processo civil: principais inovações e aspectos contraditórios*. São Paulo: Boreal Editora, 2016.

⁵⁹⁹ Nesse sentido, RODRIGUES, Luisa. *Produção antecipada da prova no CPC/2015: Breves considerações sobre a inversão do ônus e a recorribilidade das decisões*. 2017. Disponível em: <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/469979723/producao-antecipada-da-prova-no-cpc-2015>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

⁶⁰⁰ Nesse sentido, Daniel Neves: “É importante apontar a inadequação desta construção para os casos de ação cautelar autônoma de exibição de documentos. Em tais hipóteses, caberá a utilização do parágrafo único do art. 400, no sentido de forçar a exibição do documento. Isso ocorre porque a eventual presunção de veracidade, ou mesmo inversão do ônus da prova não se aplicam às cautelares, pois tal impossibilidade está ligada intimamente à natureza da atividade do juiz na cautelar exhibitória, “que se exaure em controlar o direito do demandante e a regularidade formal do processo; desse modo, não há qualquer valoração a respeito dos fatos”. NEVES, Daniel Assumpção. *Ações Probatórias Autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 287. No mesmo sentido, STJ, AgRg no AREsp 252.562/SP, 4ª T., Rel. Min. Raul Araújo, j. 18/12/2012, Dje 07/02/2013.

Até aí, tudo bem. Não faria sentido o requerimento de prova antecipada, pois, a não produção da prova, seja em que momento fosse, acarretaria benefício ao autor/consumidor.

Mas e se o interesse do consumidor não fosse uma indenização, ou a efetivação da promessa da propaganda enganosa, mas sim evitar que outros consumidores passassem pela mesma situação? Neste caso, poderia ser interessante o requerimento de produção antecipada, valendo-se da regra da inversão do ônus *ope legis*, pois o fato de a prova ser produzida antecipadamente evitaria a possível frustração dos consumidores em suas ações individuais quando o fornecedor não apresentasse a propaganda enganosa dizendo que já não mais existia, apresentando, contudo, outro meio de prova – forjado após a primeira condenação, por exemplo – apto a comprovar que nunca existiu propaganda enganosa.

Neste caso, o fornecedor, acaso obrigado a produzir de logo a prova, não teria como alterá-la quando estivesse obrigado a produzir mais a frente. Seria medida pautada sempre na urgência e com caráter cautelar. O fundamento da PAP seria o melhor conhecimento imediato dos fatos para que não se perdesse o objeto.

Outra situação peculiar é para o caso de haver a distribuição de uma ação probatória autônoma por determinado sujeito, pleiteando a produção de determinada prova que, pelo direito material envolvido, seria dever da outra parte. Imaginemos novamente uma inversão *ope legis*. O que deveria fazer o magistrado? Extinguir o processo por ausência de interesse? Deferir a prova, pois, a despeito da regra de inversão, nada impediria a produção por aquele que não tem o ônus? Determinaria a citação do réu e inverteria o ônus? Manteria a produção da prova pelo autor, ignorando a regra de inversão *ope legis* e deixando aquele réu que pela lei tem o ônus de provar, apenas como espectador?

Acreditamos que seria caso de efetivar a inversão prevista na lei. Se não é o caso de haver decisão do magistrado, a dúvida reside apenas no fato de ser possível ou não a antecipação desta prova. Me parece não haver óbice no sistema. Nesse sentido, vale até mencionar o art. 38, do CDC, haja vista que o mesmo não vincula tal inversão a qualquer processo, apenas determinando, nos seguintes termos: “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”, razão pela qual manteremos a posição que defende a possibilidade de antecipação da prova que, pela lei, deve ser produzida por alguma das partes. Nesse mesmo sentido, poderíamos citar outros exemplos que envolvessem os artigos 429, II, do CPC.

Pensamos que a regra geral é a da incompatibilidade parcial da distribuição diversa do ônus da prova em relação à produção antecipada. A distribuição diversa trazida pelo CPC não se aplica, mas poderia haver no caso de distribuição convencional, através de NJP. De outro lado, a inversão do ônus é viável, em especial por conta da previsão da inversão nas hipóteses *ope legis*.

Contudo, a possibilidade de inversão em sede de PAP somente está autorizada quando fundada na urgência, para evitar o perecimento da coisa ou a hipótese de destruição da prova que ocorreria acaso o ônus não fosse invertido.

Não se trata exatamente de inverter o ônus, mas sim de efetivar a regra da inversão *ope legis* na produção antecipada de prova, quando esta ocorreria ordinariamente no procedimento comum.

4.11 PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ

O NCPC permite a iniciativa do juiz quando para fornecer aos interessados elementos que permitam a avaliação de chances e riscos em eventual processo futuro. É, com toda certeza, alteração notável quanto aos poderes instrutórios do julgador.

O exercício do poder instrutório do juiz, no procedimento comum estatal, tem um determinado regime, mais amplo e independente em relação aos requerimentos formulados pelas partes.

Já no âmbito da produção antecipada de provas, no qual a cognição é limitada, não sabendo o juiz sobre a exata delimitação objetiva futura ou mesmo as controvérsias existentes, há regramento diferente, limitado ao quanto requerido pelas partes.

Contudo, há certa margem de atuação do julgador, na medida em que poderá alargar o rol de medidas de instrução, desde que sobre os mesmos fatos, com o único intuito de produzir um produto (prova) mais interessante e que traga maiores esclarecimentos para as partes⁶⁰¹. Nada mais é do que a coerência do sistema, que prevê poderes instrutórios quanto à produção “ordinária” das provas, permitindo tal conduta também aqui na PAP, ainda que com as limitações inerentes ao procedimento.

Também há que se reconhecer que o permissivo para utilização de tais medidas na PAP é mais restrito, sendo até difícil imaginar questões que não guardem relação com

⁶⁰¹ YARSHELL, 2016, op. cit., p 1041.

a formalidade ou defeitos na produção das provas. Assim, “a atuação oficial deve ser feita com cautela e apenas de forma subsidiária”⁶⁰².

Diz a doutrina que o campo ideal para atuação oficiosa seria os direitos indisponíveis, sendo certo que, afora tal hipótese, deveria o magistrado atribuir aos interessados, conforme a regra geral, o ônus de alegar e requerer.

4.12 VALORAÇÃO

Este tópico foi intitulado de “valoração”, mas bem poderia se chamar “ausência de valoração”. As regras sobre valoração não são aplicáveis na PAP.

O procedimento da produção antecipada de prova volta-se, exclusivamente, para o ato formal de produzir uma determinada prova. Sem medo de parecer redundante ou óbvio, vale destacar que o juiz não poderá se pronunciar sobre a ocorrência ou inoocorrência do fato que se visa comprovar, e nem tampouco sobre as consequências jurídicas. É o que prescreve o art. 382, §2º, do CPC. Em outras palavras, não haverá valoração da prova produzida e nem de outros aspectos que, por ventura, se apresentem.

O dispositivo amplia a previsão do art. 866, parágrafo único, do CPC/1973 que versava sobre a cautelar de produção antecipada de provas. O entendimento uníssono da doutrina é pela vedação de manifestação sobre a prova produzida ou sobre sua valoração⁶⁰³. A ação probatória autônoma, afinal, não é uma ação meramente declaratória de fato e nem de direito, limitando-se, na sua essência, à produção da prova.

Não há valoração da prova produzida, apenas e tão somente a produção com a participação efetiva dos interessados. A atividade do juiz é de controle e, ao final do procedimento, proferirá sentença homologatória⁶⁰⁴.

⁶⁰² YARSHELL, 2016, op. cit., p 1041.

⁶⁰³ No mesmo entendimento: “Não é o juiz da ação de produção de provas quem as admite e valora. A produção realizada no procedimento previsto nos arts. 381 ss. é parcial, já que a produção integral só se dará em outra ação, quando admitidas e avaliadas as provas”. MEDINA, José Miguel Garcia. Direito processual civil moderno. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 641.

⁶⁰⁴ “Caberá ao juiz de eventual processo onde a prova será utilizada valorá-la. Mas pode haver dificuldades na precisa definição daquilo que concerne à admissibilidade (ou regularidade) e o que se refere à avaliação da prova. Tome-se, por exemplo o art. 447, §4º.: o juiz apenas admitirá a ouvida da testemunha menor, impedida ou suspeita, se “necessário”. Tal necessidade é definida pela possível relevância da prova para uma mais clara reconstrução dos fatos. Ou seja, para admitir tal prova, o juiz precisa avaliar o resto do material probatório já existente. Isso é inevitável na prova antecipada. Em casos como esse, o juiz da antecipação deve privilegiar a ampla admissibilidade da prova – cabendo ao juiz do processo em que se venha a pretender usá-la, desconsiderá-la, se for o caso”. (TALAMINI, 2016, op. cit., p. 96-97.) No mesmo sentido, em situações limítrofes, o art. 464, §1º, II, do CPC e o art. 480. É delicada a atuação do magistrado nestas circunstâncias, devendo, contudo, prezar pelo aproveitamento do processo á instaurado, no sentido

A valoração da prova ali produzida será feita numa eventual ação principal futura, na qual se debaterá a relação material que engloba os fatos que se visou comprovar, junto com os demais fatos, servindo a medida inicial apenas para conservar as provas. A produção antecipada, portanto, não afasta a discussão plena da prova do curso do processo futuro.

Ou seja, a prova produzida somente será valorada se a parte vier a promover a “ação principal”, em que afirma o direito material, cujo suporte fático será comprovado com a prova produzida antecipadamente⁶⁰⁵. Outra possibilidade é para o caso de o juiz julgar a demanda já em curso, que se funda em direito cujo suporte fático foi comprovado com aquela prova produzida de forma antecipada incidentalmente.

O que se conclui é que o procedimento requer foco exclusivo na prova a ser produzida, não podendo o juiz discutir o fato *probando* e nem tampouco as suas consequências jurídicas.

Mas, nem mesmo a afirmação relacionada à impossibilidade de apresentação de argumentos quanto a fatos ou as suas consequências jurídicas deve ser vista de forma absoluta. Isso se deve à constatação de que o direito à prova não pode ser tido como algo absolutamente desconectado daquilo potencialmente perseguido mediante a propositura da eventual e futura demanda voltada à declaração do direito.

A hipótese seria reprovável e poderia gerar a prática do que se convencionou chamar *fishing expedition*⁶⁰⁶, caracterizada pela intenção velada de uma das partes de, mediante a ameaça ou efetiva propositura de demanda infundada, ter a possibilidade de acesso a informações a respeito das quais não teria, não fosse a litigância abusiva.

Reconhecer a existência de um direito autônomo à prova não significa, portanto, afirmar que a tutela do direito à prova não deva guardar qualquer relação com a necessidade de demonstração de pertinência entre a prova que se pretende obter e a situação de direito material eventual e potencialmente objeto de demanda voltada à declaração do direito⁶⁰⁷.

de produzir as provas requeridas, ou mesmo de refazê-las, em caso de insuficiência da prova ou deficiência na sua produção.

⁶⁰⁵ DIDIER Jr.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, op. cit., p. 137-138.

⁶⁰⁶ Tradicionalmente o Direito americano, doutrinária e jurisprudencialmente, combate o pedido de prova que não tem pertinência com o conflito de direito material. Por *fishing expeditions* pode se entender a busca voraz por provas, visando instruir uma pretensão que, em verdade, não passa de especulação.

⁶⁰⁷ MEDEIROS NETO, Elias Marques et al. *A Defesa na Produção Antecipada de Provas* – Uma leitura constitucional do artigo 382, § 4º, do novo CPC. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245536,41046A+Defesa+na+Producao+Antecipada+de+Provas+Uma+leitura+constitucional>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

Portanto, a despeito de ser absolutamente viável a produção antecipada de provas e de não haver valoração neste procedimento, deve haver margem para análise criteriosa por parte do julgador, no sentido de controlar o procedimento para que não tome rumos desvirtuados.

4.13 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL

Luiz Flávio Yarshell sugere a possibilidade de, em detrimento da ação probatória autônoma, surgirem prejuízos para algum dos interessados. Trata-se de responsabilidade objetiva, decorrente da demonstração denexo e prejuízo, não sendo adequado suscitar a responsabilidade civil decorrente das tutelas de urgência por cota a diferente natureza.

Afirma ainda que o potencial para gerar danos abarca tanto o requerente quanto os eventuais requeridos, haja vista sua peculiar duplicidade.

Problema seria onde e como apurar eventual dano, de modo a viabilizar a quantificação a indenização. Constata que é mais provável que tal hipótese venha a ocorrer no futuro eventual processo “principal” da relação, no qual a prova será empregada, não descartando, contudo, a possibilidade de já haver declaração neste sentido, no próprio processo de antecipação da prova.

Exemplifica citando o caso em que, uma vez autorizada a uma parte apreciar documentos, esta o faz de forma abusiva, extrapolando os limites da decisão. Defende que nestes casos, a sentença deverá reconhecer tal eventualidade, para que se proceda a subsequente liquidação e apuração do *quantum* indenizatório.

Entendemos de modo diverso, com todo respeito. E apenas por partir da premissa de que o art. 382, §2º limitaria tal hipótese. Os fatos e consequências jurídicas ali mencionados parecem englobar situações externas ao processo e relacionadas com a relação material, bem como qualquer outra circunstância extraordinária advinda do processo.

Nada impede que o interessado que se sinta prejudicado se valha do meio adequado; é do sistema, já havendo previsão no código para tais hipóteses, conforme, por exemplo, os artigos 79, 80, III e V, 81, 139, III. Ressalte-se aqui que o teor do art. 777 somente seria aplicável ao regime da execução. Ainda que fosse aplicável irrestritamente no procedimento comum, seria incompatível com a produção antecipada.

5 PROPOSTAS DE INTERPRETAÇÃO E DE ALTERAÇÃO DO SISTEMA

Neste último capítulo, apresentaremos algumas propostas decorrentes da interpretação dos institutos estudados em matéria de Produção antecipada, bem como defenderemos a possibilidade de adoção, no nosso ordenamento, da fase pré-processual de produção de provas.

Abordaremos o modo como interpretamos as disposições relativas à todas as provas antecipadas. Logo após, trataremos da possibilidade de utilização da produção antecipada de provas em outros procedimentos. Num segundo momento, falaremos da produção antecipada de provas em outros ramos do direito. Em terceiro plano, iremos propor a produção conjunta de provas e, por fim, trataremos da produção extrajudicial ou pré-processual e dos negócios jurídicos processuais.

Entendemos que as ações probatórias autônomas são um gênero, também denominado genericamente de prova antecipada (que engloba as provas pré-constituídas). Tal gênero é composto por procedimentos que chamaremos de espécies. As espécies, no CPC, seriam a Produção Antecipada de Provas, que compreende, no seu regramento, o arrolamento de bens e a justificação; a Exibição de documento ou coisa; e a Arguição de falsidade. Dentro deste agrupamento denominado de provas antecipadas estariam também aquelas pré-constituídas, quais sejam a prova documental e a ata notarial, que, a despeito de ser provas antecipadas (produzida em momento anterior ao que seria ordinariamente feito), são produzidas extrajudicialmente.

Assim, entendemos que cada espécie tem procedimento próprio, regime jurídico próprio, sendo limitada a incidência de um no outro, a mescla de procedimentos, ou mesmo a interação entre eles, devendo a sua utilização guardar estrita relação com o objeto da produção antecipada. As espécies aqui mencionadas não são meios de prova, mas veículos para a melhor utilização dos meios de prova. Por essa razão falarmos ao longo do desenvolvimento do trabalho, da impossibilidade de se requerer incidentalmente a exibição de documentos na PAP regrada nos arts. 381 e ss.

Tal regramento, contudo, não afasta, à luz de casos concretos específicos, as demais possibilidades que o sistema prevê para a obtenção de determinada prova ou documento. Seria o caso do *Habeas Data*, do regramento das tutelas provisórias, ou do art. 139, do CPC.

Passado o ponto inicial, vamos à segunda proposta elaborada: quanto à produção de prova antecipada em procedimentos esparsos. Entendemos pela possibilidade. Acreditamos que possa ser estabelecida uma regra geral que regule a prova antecipada em outros procedimentos. Daí ver-se a prova antecipada sob duas perspectivas: uma primeira perspectiva quanto ao momento e possibilidade da produção; e uma segunda, quanto à sua utilização num futuro processo.

Quanto ao momento da produção, podemos afirmar com tranquilidade que haverá a possibilidade de produzir-se a prova de forma antecipada, incidentalmente ou mesmo de forma antecedente, acaso as disposições atinentes a cada procedimento permitam determinado meio de prova. Exemplo poderia ser o dos juizados especiais estaduais⁶⁰⁸. Pelo regramento da Lei nº 9.099/95, qualquer prova poderia, em tese, ser produzida, havendo liberdade para que o julgador determinasse aquelas pertinentes e dispensasse as demais (vide arts. 5º e 32º da referida lei).

O ideal de criação dos juizados está plenamente relacionado com a ampliação do acesso à justiça, assegurado pela Constituição (art. 5º, XXXV, da CFRB), tendo em vista a utilização de um procedimento mais simples e menos oneroso para as partes, nas causas a eles submetidas.

A criação desses procedimentos está prevista na Constituição brasileira tanto para as causas de menor complexidade (art. 98, I, da CF), como para as pequenas causas (art. 24, X, da CF), muito embora o legislador as tenha reunido em um mesmo procedimento. Nesse sentido, vale dizer que a Lei nº 9.099/1995, a Lei nº 10.259/2001 e a Lei nº 12.153/2009 formam o chamado microssistema dos juizados Especiais. Naturalmente, este microssistema tem certa interdependência e se retroalimentam, sendo inegável a interação entre as leis.

Trataremos de forma isolada da Lei nº 9.099/95, mas sem isolar o que for dito aqui, sendo, em regra aplicável a todas as leis no mencionado microssistema.

A única limitação aparente na lei é a do art. 33, que dispõe que “todas as provas serão produzidas na audiência de instrução e julgamento...”. Tal previsão dá a entender, em interpretação literal, que não haveria possibilidade de se produzir outras provas que não aquelas orais em sede de AIJ, salvo as documentais previamente adunadas aos autos quando da primeira manifestação das partes, por óbvio.

⁶⁰⁸ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *A prova no processo civil: principais inovações e aspectos contraditórios*. São Paulo: Boreal Editora, 2016.

Por isso e, em função de garantir uma suposta efetividade, eficácia e celeridade processuais que se coadunariam com os princípios do sistema de juizados, acaba por se inviabilizar a produção de provas mais complexas, e especial a pericial⁶⁰⁹.

Assim, visto isso, é de se constatar que a produção de prova, ainda que antecipada, nos juizados, somente poderia ocorrer acaso respeitadas as hipóteses de produção de prova, quanto aos meios probatórios, que pudessem ocorrer se seguido o procedimento “ordinário” do rito.

De forma simples: se num processo comum que tramita nos juizados não é admissível a produção de prova pericial, também não se poderá requerer a produção de prova pericial pelo rito dos arts. 381 a 384, do CPC nos juizados. Contudo, sendo a produção da prova admitida no procedimento comum, poderá então ser antecipada, valendo-se o requerente do rito probatório diferenciado previsto no CPC.

De outro lado, pela segunda perspectiva, pensamos que quanto à sua utilização, qualquer prova antecipadamente produzida e que ingresse como prova emprestada em outros autos, terá a sua validade e eficácia condicionada às normas atinentes à prova emprestada, ou seja, respeito ao contraditório, valoração independente etc. Nada impede que uma prova produzida antecipadamente em sede de juizados ingresse num processo que tramite pela justiça comum e vice-versa. Também ocorre quando a prova antecipada for produzida perante uma vara da fazenda pública com vistas a instruir Mandado de Segurança de competência originária do Tribunal de justiça respectivo.

Pode ser estratégia importantíssima para utilização em procedimentos sumários ou sumaríssimos, nos quais não se permite a livre produção de qualquer prova, a exemplo dos juizados estaduais, onde comumente a produção de uma prova mais “complexa”, não se coadunaria com o procedimento. Contudo, a legislação, nestes casos, versa sobre a produção da prova em sede de juizado e não à sua utilização. Em outras palavras, há impedimento quanto à produção de uma prova pericial nos juizados, por exemplo, mas

⁶⁰⁹ Nesse sentido, Enunciado FONAJE n. 11 – As causas de maior complexidade probatória, por imporem dificuldades para assegurar o contraditório e a ampla defesa, afastam a competência do Juizado da Fazenda Pública (XXXII Encontro – Armação de Búzios/RJ); Enunciado FONAJE n. 12 - Na hipótese de realização de exame técnico previsto no art. 10 da Lei 12.153/09, em persistindo dúvida técnica, poderá o juiz extinguir o processo pela complexidade da causa (XXXVIII Encontro – Belo Horizonte-MG); Enunciado FONAJE n. 70 – As ações nas quais se discute a ilegalidade de juros não são complexas para o fim de fixação da competência dos Juizados Especiais, exceto quando exigirem perícia contábil (nova redação – XXX Encontro – São Paulo/SP); Enunciado FONAJE n. 94 – É cabível, em Juizados Especiais Cíveis, a propositura de ação de revisão do contrato, inclusive quando o autor pretenda o parcelamento de dívida, observado o valor de alçada, exceto quando exigir perícia contábil (nova redação – XXX FONAJE – São Paulo/SP).

não há nenhum óbice quanto à utilização de uma perícia já regularmente produzida e homologada em juízo, independentemente de qual juízo seja.

Num terceiro plano de propostas apresentadas, com relação à aplicação da PAP em outros ramos do direito, também defendemos tal possibilidade.

Quanto ao direito processual penal, temos que o próprio art. 3º, do CPP já dá abertura para tanto.

A produção antecipada de provas já é utilizada no processo penal, só que com regramento próprio. O art. 155, do CPP enuncia o sistema do livre convencimento motivado do magistrado, nos seguintes termos: “*O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas*”.

Disso também se depreende a ampla possibilidade de utilização da prova antecipadamente produzida, inclusive aquela colhida em fase de investigação. Ainda nesse sentido, o art. 156 aponta para a possibilidade de produção antecipada de ofício por conta do magistrado. Contudo, tal previsão se aplica aos casos em que a prova for reputada urgente e relevante, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida. Tal alteração ocorreu em 2008, com a promulgação da Lei nº 11.690 que veio justamente para trazer uma reforma quanto ao âmbito probatório no processo penal.

Deste modo, ao menos quanto à produção das provas pelo requisito da urgência, vislumbramos que possa haver aplicação dos dispositivos do CPC quanto ao processo penal. Tal interação também pode e deveria se dar em relação a outros institutos, como, por exemplo, cautelares, regramento da citação por hora certa, art. 10, do CPC, precedentes obrigatórios, depoimento de incapaz, *amicus curiae*, dentre outros.

Tal entendimento já foi inclusive consolidado por súmula (455, do STJ) que afirma pela necessidade de fundamentação não apenas no mero decurso do tempo para o caso da hipótese da produção antecipada de provas do art. 366 do CPP⁶¹⁰.

Contudo, entendemos que a menção ao art. 366, limita o âmbito de incidência da necessidade de fundamentação cumulada com o perigo da demora. Ou seja, entendemos que, não sendo o caso do art. 366, qualquer outra prova antecipada produzida de ofício,

⁶¹⁰ Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

nos termos do art. 156, I, do CPP, poderia ser produzida com base unicamente na urgência, com caráter cautelar.

Tratam-se de impactos que o CPC pode ensejar na legislação extravagante, ou mesmo em outros campos do direito.

No ramo trabalhista, especificamente com relação às disposições existentes na CLT, não há previsão de medidas cautelares. Contudo, existe a regra geral de aplicação subsidiária do CPC (art. 769), que prevê que, nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho. Se extrai daqui a legalidade da aplicação do instituto.

A aplicabilidade e utilidade prática do instituto é indiscutível e de extensão teratológica, tanto para empregadores quanto para empregados. No mínimo com relação à possibilidade de perecimento do direito, os contornos utilizados devem ser os mesmos. Talvez haja que se cogitar uma adaptação quanto à questão dos dissídios individuais e todo o regramento protetivo inerente, contudo, a previsão da PAP em matéria trabalhista apenas contribuiria para a melhor prestação da tutela jurisdicional aos integrantes das relações trabalhistas.

Do mesmo modo, com relação à PAP, sem o requisito da urgência, entendemos pela possibilidade. Primeiro, por conta da hipótese de viabilizar a autocomposição, que é inegavelmente aplicável a todo ordenamento, com raras exceções no que tange à Fazenda Pública, direito penal e direitos que não admitam autocomposição. Em segundo plano, para os casos em que se busca mera documentação, ou mesmo o melhor conhecimento dos fatos para viabilizar uma melhor decisão sobre ingressar ou não com uma ação.

De outro lado, seguindo com as propostas, objeto deste capítulo, parece aceitável a ideia de produção antecipada de provas de forma conjunta⁶¹¹, ou seja, a reunião de diversas demandas probatórias autônomas para que se otimizasse a sua produção.

O art. 67 e ss., do CPC prevê a chamada cooperação nacional, estabelecendo o dever de recíproca cooperação entre servidores e magistrados. Nesse sentido, o art. 68, do CPC prevê a possibilidade de formulação de pedidos entre julgadores para a prática de qualquer ato processual. Até aqui temos então um dever de cooperação e a amplíssima possibilidade de cooperarem os julgadores quanto a qualquer ato, não dependendo sequer que sejam os órgãos envolvidos do mesmo ramo do direito, nos termos do §3º, do art. 69.

⁶¹¹ Toda esta construção decorre das ideias e dos debates ocorridos na Turma da matéria Teoria Geral do Processo, ministrada pelo Professor Fredie Didier Jr., no programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, no período compreendido entre novembro de 2016 e junho de 2017.

O art. 69 prevê que o pedido de cooperação deva ser prontamente atendido, não havendo forma específica e podendo consistir em quatro espécies: a) auxílio direto; b) reunião ou apensamento de processos; c) prestação de informações; ou d) atos concertados (ajustados) entre os juízes cooperantes. O rol do art. 69, §2º é exemplificativo, haja vista a expressão “além de outros” ao tratar dos atos concertados.

Mesmo que não o fosse, já traria previsão que interessa ao tema ora discutido, notadamente quando se refere ao inciso II, do mencionado §2º, que prescreve que os atos concertados poderão consistir no estabelecimento de atos para “a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos”.

Levando em conta tal permissivo, bem como a recomendação CNJ nº 38, de 03/11/2011⁶¹² que também versava sobre cooperação e desburocratização quanto aos atos judiciais, é que admitimos a possibilidade de produção conjunta de provas, ainda que de modo antecipado.

Do ponto de vista de dentro do processo de Produção Antecipada de Provas, pacífica é a ideia de produção conjunta quanto aos mesmos fatos ou relação jurídica, haja vista a previsão legal neste sentido, sendo concedida às partes tal possibilidade. Não há dúvidas, portanto, que os interessados/requeridos, e inclusive os terceiros, poderão formular requerimento de produção de provas.

Perspectiva diversa, no entanto, é a externa a um processo, nos casos em que estejam envolvidas outras partes e outras relações jurídicas.

Poderíamos pensar na produção conjunta de provas em uma vara especializada, que seria criada pelas normas de organização judiciária de cada Estado. Também podemos falar na reunião de processo que tenham similitude de identidade quanto às partes ou quanto a um fato/relação jurídica, momento no qual as ações seriam reunidas em uma vara, especializada ou não.

Por fim, defendemos, ainda, a criação e utilização de um sistema semelhante ao do *discovery* norte-americano aqui no Brasil. O NCPC poderia já ter evoluído neste sentido, a despeito de ser notória a resistência que a comunidade jurídica tem em relação ao tema.

Poderia o NCPC já ter estabelecido uma fase pré-processual voltada ao compartilhamento, pelas partes, dos elementos atinentes à relação controvertida, mas não

⁶¹² Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=285>>.

o fez, limitando-se a ampliar a possibilidade de utilização da produção antecipada de provas, o que já pode ser considerado um bom avanço.

No Brasil, já existem trabalhos sendo desenvolvidos neste sentido, a exemplo do anteprojeto⁶¹³ criado pelo Observatório das reformas processuais, da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, coordenada pelo Professor Leonardo Greco.

Tal projeto é bastante interessante, principalmente quanto às previsões presentes nos arts. 29 e ss., que versam sobre um procedimento pré-processual de produção de provas. Preza, portanto, pela solução dos conflitos fora do judiciário; o conhecimento antecipado (mais célere) dos fatos e das provas que possuem as partes, de modo a se verificar a possibilidade de sucesso e o fracasso da eventual medida judicial; e, por fim, a melhor preparação do processo, caso venha a ser instaurado.

Trata-se de proposta que alteraria a sistemática processual de forma muito significativa, implicando, ao mesmo tempo, em uma mudança cultural na forma de estar em juízo, e mesmo, talvez principalmente, quando fora dele. Exigiria, inclusive, movimento até maior do que o que já ocorre (atualização conforme o NCPC), incluindo-se aí uma modificação imprescindível no ensino jurídico.

É claro que não foram sopesadas no anteprojeto as diferenças culturais existentes entre os países (Brasil e EUA), e nem mesmo todo o passivo de processos (mais de cem milhões segundo o CNJ) que, de qualquer sorte, teria de ser superado para que o sistema talvez viesse a funcionar em modo semelhante ao estadunidense, mas isso não é fator apto a tachar o projeto de inexecutável.

O projeto prevê, em suma, o fortalecimento do dever de cooperação; uma diferente e majorada atuação dos advogados – em especial nos primeiros anos, de adaptação; a eliminação da cultura litigante, haja vista os custos envolvidos; evitar-se-iam as demandas sem fundamento ou sabidamente sem chance de êxito; a solução pela autocomposição estaria mais evidenciada, dentre outros inúmeros benefícios que seguramente acarretariam, num perspectiva ideal, na redução do número de ações e consequente qualificação do judiciário.

Aspecto central do procedimento previsto é a possibilidade de arbitramento de verdadeiras sanções àqueles que não agirem de acordo com a boa-fé ou com o dever de cooperação. Poderiam sofrer com advertências, multas, ou mesmo com a inversão do ônus

⁶¹³ Disponível em: < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11923/9336> >. Último acesso em 14/06/2017.

sucumbenciais (mesmo em caso de vitória no processo principal, para aqueles que atuarem com contumácia da fase extrajudicial).

Outra questão de suma importância, mas de delicado contexto, seria a regulamentação trazida pelo anteprojeto no que toca aos procedimentos investigativos, feitos através de procedimentos administrativos, com vistas a instruir processo coletivo. Existiria a obrigatoriedade de respeito ao contraditório. Do mesmo modo, seria aplicado o procedimento em questões que envolvessem o Poder público.

Também prevê algumas hipóteses de intervenção do Poder judiciário. Seriam elas no caso em que haja pedido do requerido; pedido de busca e apreensão de documentos ou coisas; produção de provas contra terceiros; requerimento de AJG e pleito de arbitramento judicial das despesas, acaso haja controvérsia quanto à repartição das custas.

Por último, aspecto fundamental é o da possibilidade das chamadas convenções coletivas, que preveem a utilização da fase pré-processual e extrajudicial para a resolução demandas que envolvam, de um lado, entidades com representatividade efetiva de grupos sociais ou categorias, participantes de relações de direito material com alto potencial litigioso, ou com potencial de litígios de interesse público. As instituições públicas também estariam envolvidas e seriam fontes concentradoras deste tipo de demanda, o que poderia facilitar eventuais processos inevitáveis e evitar um sem fim de outros potenciais processos.

O ponto comum existente é o do entendimento de que é necessário se adotar no Brasil o sistema bifásico americano, sendo a primeira fase, preliminar e preparatória, desenvolvida extrajudicialmente ao encargo exclusivo das partes. Ocorre que, acaso se adote tal sistema, a produção antecipada de provas iria se tornar obsoleta – só não em relação à produção de prova de cunho cautelar –, ou mesmo incompatível, se entendermos não ser lógico que um mesmo sistema tenha dois procedimentos com mesmas finalidades, sendo um público e outro privado, um em que o Estado conduz e outro feito por condução das partes.

A despeito disso, entendemos pela viabilidade da manutenção dos dois procedimentos, para viabilizar a verificação da efetividade de ambos, podendo, em momento posterior, haver a escolha entre um ou outro, até porque, nos termos do anteprojeto, não teríamos um procedimento bifásico propriamente dito, mas sim uma possibilidade a mais de se produzir provas.

Tal situação se assemelharia à arbitragem, que é efetiva, exercício da jurisdição, mas que é atividade quase que completamente particular.

Também pode haver argumentação no sentido de que, com a base legislativa atual, já seria possível a existência de uma fase pré-processual, nos mesmos moldes, ou seja, a cargo das partes. Contudo, algumas circunstâncias acabam por anular tal alegação: a primeira vai no sentido de que a *discovery* americana, e também o anteprojeto multicitado, presumem a existência ou não de uma relação jurídica; de outro lado, o fato de haver previsão no sistema, por mais que possa parecer indiferente quanto aos reflexos, na prática acaba por anular quase que a totalidade das pretensões nesse sentido. É cultural. Ademais, caso não haja regulamentação não se pode falar em processo bifásico, mas sim na postura ativa das partes antes de um processo “unificado”. Por fim, o procedimento previsto como é a proposta “agrega interesse público na melhor administração da justiça”, “qualifica e facilita a cognição do futuro processo”⁶¹⁴.

Tal perspectiva também se aplicaria aos casos em que a prova servisse à mera documentação, não existindo caráter contencioso ou vinculação a qualquer eventual e futuro processo.

De outro lado, ao nosso ver, e conforme já exposto no subtópico próprio, nada impede que as partes tornem factível uma espécie de *discovery* através dos negócios jurídicos processuais. Não é dizer que seria viável uma regulamentação como a do comentado anteprojeto, mas seguramente algo que se compatibilize aos casos concretos e que importe nos positivos resultados já mencionados.

Seria o caso, por exemplo, de se determinar, por meio de negócio jurídico processual, que a exibição de documentos seja feita extrajudicialmente, independentemente do ajuizamento do processo eventual e futuro onde se debateria o direito material controvertido, de forma análoga à que ocorre na *discovery* do direito americano, sendo estipulada sanção de presunção de veracidade dos fatos alegados pela parte que requereu os documentos, caso estes não sejam apresentados pela outra parte⁶¹⁵.

Tal hipótese poderia significar a dispensa da exibição de documento ou coisa pela via judicial, a despeito de que, a existência de NJP não é apta, por si só, a afastar a

⁶¹⁴ Nas palavras do coordenador do projeto, Professor Doutor Leonardo Greco. GRECO, Leonardo. A reforma do direito probatório no processo civil Brasileiro: Primeira parte Anteprojeto do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. *Revista de Processo*. v. 240, fev./2015, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

⁶¹⁵ Exemplo extraído de Parecer assinado pelo Professor Fredie Didier Jr., do corrente ano, inserido em processo judicial e ainda sem divulgação ao público.

iniciativa probatória do magistrado. Uma vez realizado o NJP probatório, o julgador continua podendo realizar atividade probatória, na medida dos seus limites, tendo tal convenção processual influência apenas na aplicação do ônus objetivo da prova. Tal hipótese só não se aplicaria acaso existisse um negócio jurídico também no sentido de veicular que determinados fatos só pudessem ser comprovados através de determinados meios de prova.

Não há nenhuma ilicitude na conduta as partes neste caso e pode servir de mecanismo apto a assegurar celeridade processual na medida em que, a depender do caso, poderá ser pactuado no sentido de limitar as provas acerca de um fato.

CONCLUSÕES

O presente trabalho pretendeu aproximar o tema da produção antecipada de provas de todos os operadores do direito, em especial os que lidam direta e diariamente com o processo civil. É evidente que se trata de instituto ainda pouco explorado e com sérias restrições do ponto de vista prático. Pretendíamos auxiliar na superação dessa dificuldade.

O estudo buscou apresentar posições acerca dos aparentes pontos controversos, além de indicar uma proposta de sistematização para o instituto, atendendo os objetivos traçados há algum tempo pela doutrina e atendidos pelo legislador, no sentido de viabilizar o melhor conhecimento dos fatos pelas partes, de modo que as partes tenham maior autonomia na condução de suas pretensões.

Para tanto, foram analisados os principais elementos da PAP, objetivando identificar sua função, semelhança com outros institutos inclusive no direito comparado, objeto, objetivos, natureza, fases do procedimento, seus contornos, eficácia e aplicabilidade. Também foram feitas propostas quanto ao tema.

Esperamos ter contribuído de algum modo para a construção e popularização do instituto, de modo a inseri-lo na rotina do judiciário, possibilitando o atendimento dos seus nobres fins.

Traçadas as linhas gerais, podemos chegar objetivamente a algumas conclusões, que seguem.

- a) O direito autônomo à prova compreende o fato de que a pretensão deduzida em juízo não consiste num direito material aplicável a um caso concreto, tendo como objeto o direito à prova;
- b) Vê-se com clareza que o processo autônomo de produção de prova foi ampliado no CPC/15, quando comparado com o código de processo civil anterior (CPC/73), passando a atender hipóteses desvencilhadas do perigo da demora. Trata-se de atendimento a um clamor doutrinário praticado há alguns anos e que finalmente ajusta e prevê expressamente uma possibilidade um tanto óbvia;
- c) O simples fato de não haver previsão expressa desautorizava, no sistema anterior, a possibilidade que hoje vigora de produção antecipada de qualquer prova e com fundamentos diversos, a despeito de aparentemente já haver abertura no sistema para sua utilização ampla;

- d) O procedimento probatório tradicional já não se prestava mais ao atendimento de todas as circunstâncias apresentadas na sociedade, de modo que, com o advento do NCPC e sua previsão quanto à produção antecipada de prova, a perspectiva das partes, ao menos com relação à possibilidade de conhecer melhor dos fatos, restou substancialmente melhorada;
- e) A positivação das hipóteses fora do campo da urgência e o novo regramento mais amplo que a acompanhou são adequações que se faziam necessárias para dar melhores perspectivas de prestação jurisdicional às partes;
- f) A produção antecipada de provas se dará pela urgência, nas hipóteses em que se visa conservar a prova; para possibilitar a conciliação através do melhor conhecimento dos fatos, ou ainda; para justificar ou afastar a possibilidade de ajuizamento de ação principal onde se debateria o direito material e onde se busca uma declaração acerca da controvérsia;
- g) Por prova antecipada deve-se entender os procedimentos da Produção antecipada de provas, da exibição de documento ou coisa e arguição de falsidade. A produção antecipada já engloba nas suas previsões a justificação, arrolamento de bens e outras hipóteses;
- h) O processo autônomo de produção antecipada de prova é procedimento de jurisdição voluntária, mesmo quando apresenta potencial litigioso;
- i) A produção antecipada de provas reveste-se de caráter dúplice, ou seja, a posição que os interessados ocupam (se autor ou réu) não importa, haja vista que a prova valerá e produzirá iguais efeito entre eles. A prova produzida, independentemente de quem a requereu, poderá beneficiar um ou outro, ou ainda não ser suficiente a esclarecer os fatos, que do mesmo modo seguirá a ideia geral;
- j) Pode ser requerida a produção antecipada de qualquer prova, estando a produção de prova documental vinculada necessariamente ao procedimento da Exibição de documento ou coisa;
- k) O §2º, do art. 381 cria hipóteses de foros concorrentes para a produção da prova; aquele onde a prova deva ser produzida ou o do juízo do foro de domicílio do réu. Trata-se de hipótese de fórum shopping;
- l) A Produção antecipada de provas se dará dentro do processo principal onde se debata o direito material, caso em que terá caráter incidental, ou mesmo antes deste, quando se revestirá de caráter antecedente;

- m) Acaso requerida incidentalmente (no bojo de um processo já em curso), deverá, contudo, seguir o regramento típico da prova a ser produzida;
- n) A legitimidade para requerer a produção de prova antecipada abrange todos aqueles sujeitos, pessoa física ou jurídica, que justifiquem sua pretensão à luz da probabilidade ou certeza do ajuizamento de uma ação; aqueles que tenham interesse na produção fundada na urgência, por não poder aguardar o momento “adequado” previsto em lei para tanto (PAP incidental); aqueles que queiram conhecer melhor dos fatos ou assegurar melhor posição em eventual defesa; ou ainda aqueles que queiram meramente documentar algo sem finalidade contenciosa;
- o) O procedimento de antecipação de prova se regerá dentro de um ideal de sumariedade e simplicidade, não sendo admissível qualquer incidente que amplie substancialmente o procedimento ou seja capaz de criar entraves à produção da prova;
- p) Não serão valoradas no bojo do processo de produção antecipada de provas as provas ali produzidas, não podendo o julgador sequer se manifestar sobre a ocorrência ou a inoccorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas;
- q) O procedimento é simplificado e consubstanciado basicamente no requerimento inicial, seguido do despacho inicial, abertura de prazo para apresentação da defesa ou do pedido contraposto, produção da prova ou das provas, manifestações finais das partes e sentença;
- r) O rol do art. 381, do CPC não é taxativo, admitindo-se analogia para os casos que tenham enquadramento semelhante;
- s) Ao juiz é dado extinguir o processo autônomo de produção de provas acaso entenda que não estão preenchidos os requisitos ou pressupostos processuais, ou mesmo para a hipótese de indeferimento total da produção;
- t) Admite-se tutela provisória liminar do direito à produção de prova, nos casos de extrema urgência;
- u) Admite-se a celebração de negócios jurídicos processuais em matéria probatória, ainda que quanto ao ônus de provar, também podendo envolver a produção antecipada de provas;
- v) É possível a produção antecipada de prova unilateral;

- w) O processo de produção antecipada de prova se esgota com a obtenção da prova, não havendo espaço para certificação de situações jurídicas ou valoração da prova produzida;
- x) O art. 382, §4º deve ser interpretado de forma não literal, de modo a garantir o contraditório, ainda que limitado;
- y) Todos os possíveis interessados na produção da prova devem ser chamados a participar, de modo que a prova ali produzida possa ter eficácia no maior número possível de pessoas;
- z) O prazo para defesa na produção antecipada de prova será determinado pelo juiz ou seguirá a regra do art. 218, §3º;
- aa) Cabe pedido contraposto/reconvenção no processo de produção antecipada de provas, desde que verse sobre o mesmo fato ou situação jurídica e não acarrete excessiva demora;
- bb) Haverá condenação em sucumbência no processo de produção antecipada de provas, com relação às custas antecipadas, nos casos de oposição/resistência à produção;
- cc) Admite-se intervenção de terceiros típica e atípica no processo de produção antecipada de prova, esta última notadamente para evitar que um terceiro potencialmente prejudicado no futuro não tenha chance de participar da prova ou venha a arguir uma nulidade posteriormente;
- dd) É possível cumular pedidos no processo de produção antecipada de prova, desde que relacionados ao mesmo fato ou relação jurídica;
- ee) A sentença proferida após a produção da prova é meramente homologatória;
- ff) Haverá condenação em sucumbência no processo de produção antecipada de provas, com relação às custas antecipadas, nos casos de oposição/resistência à produção;
- gg) Caberá Recurso no procedimento de produção antecipada de provas, sendo o Agravo por instrumento o recurso cabível contra a decisão que indeferir uma das provas requeridas e a Apelação quando do indeferimento da única ou de todas as provas. Nada afasta o cabimento de eventuais embargos de declaração, bem como Mandado de segurança;
- hh) Após o trânsito em julgado, os autos ficarão no cartório por 30 (trinta) dias, viabilizando o acesso às partes para que adotem as providências necessárias como

extração de cópias, certidões etc. Após tal prazo, os autos serão entregues ao requerente;

- ii) A prova produzida de forma antecipada antecedente, ingressará em eventual processo futuro na forma documental, como prova emprestada, sendo-lhe atribuído valor nesta oportunidade;
- jj) Há interação entre a prova antecipada e outros procedimentos de legislação extravagante, bem como com relação a outros ramos do direito;

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALMEIDA, Úrsula Ribeiro de. Produção Antecipada da Prova sem Urgência no Direito Ambiental: Risco de dano ao meio ambiente. *Revista Jurídica ESMP-SP*, v.3, 2013, p. 135-164. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/79/43> Acesso em: 20 jan. 2017.

_____. *Tutela de urgência no direito ambiental: instrumento de efetivação do princípio da precaução*. 2014. 242f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

ALVES, André Bruni Vieira. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas no novo CPC). In: FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marcos (Coord.). *Grandes temas do novo CPC: Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência. DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral). JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Coleção grandes temas do Novo CPC. Direito probatório*. v. 5. 2ª ed. Salvador, Juspodivm, 2016.

AMARAL, Osternack Paulo. *Provas. Atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: RT, 2015.

_____. *Produção antecipada de prova no novo CPC*. 2015. Disponível em:<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI226528,41046Producao+antecipada+de+prova+no+novo+CPC>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. Parte geral: institutos fundamentais. V. 2. T. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Processo civil brasileiro*, volume II (livro eletrônico): parte geral: institutos fundamentais. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª e 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. O que é ‘devido processo legal’? *Revista de Processo*, n. 163. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BERIZONCE, Roberto Omar. Prueba anticipada y procedimientos médios para la decisión temprana de los conflictos. In DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral). JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Coleção grandes temas do Novo CPC*. Direito probatório. v. 5. 2ª ed. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 639-650.

BODART, Bruno Vinicius Da Rós. Seção VI. Da Exibição de Documento ou Coisa. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. Ed. São Paulo: Malheiros editores, 2004.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. *Revista de Processo*, n. 148. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Processo civil*. Teoria geral do processo civil. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

BUENO, Cássio Scarpinella. Aspectos polêmicos da produção antecipada de provas. *Revista de processo*, ano 23, n. 91, p. 320-337, jul./set., 1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Novo Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. A exibição de documento ou coisa, a súmula 372 do STJ e o Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Grandes temas do Novo CPC: Direito Probatório*. v. 5. Salvador: Juspodivm, 2015.

BURIL, Lucas, PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. Negócios jurídicos acerca da distribuição do ônus da prova. *Revista de processo*, v. 241. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de processo*, ano 30, n. 126, ago./ 2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Convenções processuais – entre o publicismo e o garantismo*. Universidade de São Paulo, Tese de Livre-docência, São Paulo, 2015.

_____. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Forense: Rio de Janeiro, 2015.

CALAMANDREI, Piero. *Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares*. Tradução de Carla Roberta Andreasi Bassi. Campinas: Servanda, 2000.

CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix. A produção antecipada de prova e o novo CPC. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral). JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Coleção grandes temas do Novo CPC*. Direito probatório. v. 5. 2ª ed. Salvador, Juspodivm, 2016.

CÂMARA, Alexandre. *O novo processo civil brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova*. Coleção temas atuais e direito processual civil, v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____; PITTA, Rafael Gomiero. Discovery no processo civil Norte-Americano e efetividade da justiça Brasileira. *Revista de processo*, n. 245. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de terceiros*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Fabrício de Farias. A prova e sua obtenção antecipada no novo Código de Processo Civil. In DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral). JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Coleção grandes temas do Novo CPC*. Direito probatório. v. 5. 2ª ed. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 621-637.

CASTRO MENDES. Aluisio Gonçalves de; LOURENÇO, Haroldo. A teoria geral da prova no código de processo civil de 2015. *Revista de processo*, v. 263, jan./2017, p. 55-75. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CENTO, Veljanovsky. *A economia do direito e da lei: uma introdução*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

CHICUTA, Kioitsi, Ata notarial e sua utilização como prova judiciária. In: BRANDELI, Leonardo (Coord.). *Ata notarial*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Tomo 1. Madrid: Editora Reus, 1922.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CINTRA, Lia Carolina Batista. Litisconsórcio e intervenção de terceiros no processo autônomo de produção antecipada de provas. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos et al. (Org.). *Processo em jornadas: XI Jornadas Brasileiras de Direito Processual XXV Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual*. Salvador: Juspodivm, 2016.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le provi civile*. 2ª ed. Turim: UTET, 2004.

_____. *Le provi civile*. 3ª ed. Turim: UTET, 2010.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização processual. In: DIDIER Jr., Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta. (Coord. Geral). *Coleção grandes temas do novo CPC. Direito probatório*. v. 5. Salvador: Juspodivm, 2016.

COSTA E SILVA, Paula. Pactum de non petendo: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios processuais. Coleção grandes temas do Novo CPC*. (Coord. Geral Fredie Didier Jr.). Salvador: Juspodivm, 2015.

CUNHA, Maurício; DOURADO, Sabrina; FIGUEIREDO, Roberto. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Recife: Armador, 2015.

CUNHA JR., Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3. Ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil Português*. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *RePro*, v. 36, n. 198, p. 213-225, ago. 2011. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. Produção Antecipada da Prova. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Direito probatório. Coleção grandes temas do Novo CPC*. v. 5. 2ª ed. Salvador, Juspodivm, 2016.

_____; *Curso de direito processual civil*. v. 2. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. Justiça Multiportas e tutela constitucional adequada: autocomposição em Direitos Coletivos. *Justiça Multiportas*. ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Coord.). *Justiça Multiportas. Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____; *Curso de direito processual civil*. v. 2. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____. *Curso de direito processual civil*. v. 3., 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____; BRAGA, Paula Sarno. *Carta psicografada como fonte de prova no processo civil*. *Revista de Processo*, v. 234. São Paulo: RT, 2014.

_____; _____. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. *Revista de Processo*, vol. 218, Abr. 2013. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____; _____. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____; _____. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 11ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____; _____. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____; ZANETI Jr., Hermes. *Curso de direito processual civil*. v. 4. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. v. 3., 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Direito probatório*. Coleção grandes temas do Novo CPC. v. 5. 2ª ed. Salvador, Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Intervenção de Terceiros*. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Litisconsórcio*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2009.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*, III, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

ECHANDIA, Hernando Devis. *Teoria general de la prueba judicial*. T.1. 5ª ed. Buenos Aires: Victor P. de Zavalía Editor, 1981.

_____. *Compêndio de la prueba Judicial*, Tomo I. Buenos Aires: Aguilar, 1981.

FADEL, Sérgio Sahione. *Código de processo civil comentado*. V. IV. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1974.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. Fauzi Choukr (Trad.). São Paulo: RT, 2002.

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

FERREIRA, William Santos. *Da ata notarial*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Org.). *Breves comentários do código de processo civil*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Novo CPC e a produção antecipada de provas*. Arquivo de vídeo. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=PEcn77wK8o4>> Acesso em: 15 maio 2017.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. *A prova no processo civil: principais inovações e aspectos contraditórios*. São Paulo: Boreal Editora, 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O livre convencimento motivado não acabou no novo CPC*. 2015. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/o-livre-convencimento-motivado-nao-acabou-no-novo-cpc-06042015/>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____; ZUFELATO, Camilo. *Processo civil para os concursos de técnico e analista dos tribunais e MPU*. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GODINHO, Robson. *Negócio processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Da produção antecipada de prova*. In: ARRUDA ALVIM, Angélica et al. (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 487-498.

GONZALEZ, Gabriel Araújo. *A recorribilidade das decisões interlocutórias no CPC/15*. Salvador: Juspodivm, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo Curso de Direito Processual civil*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONZALEZ, Gabriel Araújo. *A recorribilidade das decisões interlocutórias no CPC/15*. Salvador: Juspodivm, 2016.

GRECO, Leonardo. *Jurisdição Voluntária*. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. Os Atos de Disposição Processual - Primeiras Reflexões. Rio de Janeiro: *Revista Quaestio Iuris*, vol. 04, n. 1, 2007.

_____. A reforma do direito probatório no processo civil Brasileiro: Primeira parte Anteprojeto do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. *Revista de Processo*. v. 240, fev./2015, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GUIMARÃES, Filipe. Medidas probatórias autônomas: panorama atual, experiência estrangeira e as novas possibilidades no direito brasileiro. *Revista de processo*. 178. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

HAZARD JR., Geoffrey; TARUFFO, Michele. *La Justicia Civil en los Estados Unidos*. Trad. Fernando Gacon Inchausti. Navarra: Thomson Aranzadi, 2006.

INSAURIAGA, Naiara. *Vantagens da produção antecipada da prova sem urgência*. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-21/naiara-insauriaga-vantagens-antecipacao-prova-urgencia#sdfootnote11sym/>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

JAMES JR., Fleming; HAZARD JR., Geoffrey; LEUBSDORF, John. *Civil Procedure*, 5ª ed. New York: Foundation Press, 2001.

JESUS, Priscilla Silva de. *Precedente judicial e a nova compreensão do interesse processual*. 2014. 307f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

KERLEY, Peggy; HAMES, Joanne; SUKYS, Paul. *Civil Litigation*. 4ª ed. New York: Thomsom & Delmar Learning, 2005.

KLIPPEL, Rodrigo. O juiz e o ônus da prova no projeto de novo código de processo civil. In: DIDIER Jr., Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta. (Org.). *O projeto de novo código de processo civil*. Salvador: Juspodivm, 2011.

LANES, Júlio Cesar Goulart; POZATTI, Fabrício Costa. O juiz como único destinatário da prova (?). In: DIDIER Jr., Fredie; ARAÚJO, José Henrique Mouta. (Coord. Geral). *Coleção grandes temas do novo CPC*. Direito probatório. V. 5. Salvador: Juspodivm, 2016.

LAUX, Francisco de Mesquita. Relações entre a antecipação da prova sem o requisito da urgência e a construção de soluções autocompositivas. *Revista de processo*, n 242. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril. 2015, p. 455-479.

LAUX, Francisco de Mesquita; RODRIGUES, Daniel Colnago. Antecipação da prova sem o requisito da urgência: primeiras reflexões à luz do novo CPC. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Coleção grandes temas do Novo CPC*. Direito probatório. v. 5. 2ª ed. Salvador, Juspodivm, 2016, p. 573-583.

LEME, Fabio. *Novo CPC traz vantagens para a ação de produção antecipada da prova*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-abr-21/fabio-leme-acao-producao-antecipada-prova-cpc/>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: RCS Editora Ltda., 2006.

_____. Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Grandes temas do Novo CPC: Direito probatório*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Das disposições gerais. In: CABRAL, Antonio do Passo, CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Forense: Rio de Janeiro, 2015.

MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MANGONE, Kátia Aparecida. Seção VI. Da Exibição de Documento ou Coisa. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et al. (Coord.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas de processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao código de processo civil*. V. 5. T. 1. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____; _____. *Processo Cautelar*. São Paulo: RT, 2008.

_____; _____. *Prova*. São Paulo: RT, 2009.

_____; _____. *Prova*. São Paulo: RT, 2010.

_____; _____. *Processo cautelar*. 6. ed. Ver. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____; _____. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. v. 2. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, André Chateaubriand. A prova pericial no projeto do CPC: Uma leitura a partir da experiência da arbitragem e do direito anglo-saxão. In: *Novas Tendências do Processo Civil*. V. 2. Salvador: Juspodivm, 2014.

MEDEIROS NETO, Elias Marques et al. *A Defesa na Produção Antecipada de Provas – Uma leitura constitucional do artigo 382, § 4º, do novo CPC*. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245536,41046A+Defesa+na+Producao+Antecipada+de+Provas+Uma+leitura+constitucional>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 2ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015.

_____. *Direito processual civil moderno*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRE, Julianne de Azevedo. *Produção Antecipada de prova sem o requisito da urgência e as alterações do Novo CPC*. Monografia apresentada ao curso de Pós-Graduação Juspodivm. Salvador, 2013.

MENDONÇA JR, Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editora, 2001.

MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Processo justo, colaboração e ônus da prova*. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 78, n. 1, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O juiz e a prova*. *Revista de processo*, n. 35, jul./set. 1984. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. *Provas atípicas*. *Revista de Processo*, n. 76. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Assumpção. *O inquérito como uma cautelar preparatória probatória sui generis*. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. *Ações Probatórias Autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 2 ed. São Paulo: WNF Martins Fontes, 2014.

_____. Da exibição de Documento ou Coisa. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015a.

_____. Da arguição de falsidade. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015b.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016a.

_____. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações Jurídicas Processuais. In: DIDIER JR., Fredie. (Org.). *Teoria do Processo – panorama doutrinário mundial*. 2ª série. Salvador: Juspodivm, 2010.

_____. *Negócios Jurídicos Processuais: Análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. 2011. 243f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós Graduação em Direito - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

_____. Anotações sobre os Negócios Jurídicos Processuais no Projeto do Código de Processo Civil. In: BASTOS, Antônio Adonias; DIDIER JR., Fredie (Org.). *O Projeto do Código de Processo Civil*. 2ª Série. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie. et al. *Coleção grandes temas do Novo CPC. Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 81-92.

_____. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____; DIDIER JR., Fredie. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

OLIVEIRA, Bruno Silveira. *Conexividade e Efetividades processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. *Revista de processo*, ano 18, n. 71, julho/setembro, 1993. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Garantia do contraditório*. Garantias constitucionais do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Prova cível*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5ª ed. v. 8, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PAULA RAMOS, Vitor de. Direito fundamental à Prova. *Revista de Processo*, v. 224, p. 41-62, 2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Ônus da prova no processo civil*. São Paulo: RT, 2015.

_____. 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 dos tribunais Online*. Vol. 263/2017, p. 313 – 332, Jan/2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo*. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2017.

PINTO FILHO, Francisco Pereira. *Algumas questões sobre a produção antecipada de prova no novo CPC*: entendendo esse precioso mecanismo. 2016. Disponível em: <<https://pereirafranciscofilho.jusbrasil.com.br/artigos/347610029/algumas-questoes-sobre-a-producao-antecipada-de-prova-no-novo-cpc>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

PORTO, Guilherme Athayde. Notas às disposições gerais sobre prova do NCPC. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix

(Coord.). *Grandes temas do Novo CPC: Direito Probatório*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

RAMOS, Rodrigo. Os efeitos jurídicos do descumprimento de ordem de exibição de documento ou coisa no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Grandes temas do Novo CPC: Direito Probatório*. v. 5. Salvador: Juspodivm, 2015.

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 dos Tribunais Online*. v. 263/2017, p. 313 – 332, Jan/ 2017. Disponível em:
<https://www.academia.edu/30912435/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> Acesso em: 18 jun. 2017.

RANGEL, Marco Aurélio Scampini Siqueira; MENEZES, Pedro Henrique da Silva. Da produção antecipada de provas no projeto do novo CPC. *Revista Eletrônica de Direito Processual - UERJ*. Ano 7, V. 12, n. 12. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em:<<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/8691>> Acesso em: 10 jul. 2017.

REGO, Hermenegildo de Souza. *Natureza das normas sobre prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Ata notarial. In: NUNES, Dierle; STRECK, Lênio Luiz; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROCHA, José de Moura. Produção Antecipada de Provas. *Revista de Processo*, v. 20, out. 1980. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

RODRIGUES, Luisa. *Produção antecipada da prova no CPC/2015: Breves considerações sobre a inversão do ônus e a recorribilidade das decisões*. 2017. Disponível em:<<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/469979723/producao-antecipada-da-prova-no-cpc-2015>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. Aspectos polêmicos da produção antecipada de provas. *Revista de processo*, ano 23, n. 91, jul/set. 1998. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. A exibição de documento ou coisa, a súmula 372 do STJ e o Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); FERREIRA, William Santos; JOBIM, Marco Félix (Coord.). *Grandes temas do Novo CPC: Direito probatório*. Salvador: Juspodivm, 2015.

SCHIMITZ, Leonard Ziesemer. Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Coleção Liebman*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Da produção antecipada de prova. In: NUNES, Dierle; STRECK, Lênio Luiz; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 569-574.

SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). *Coleção grandes temas do Novo CPC*. Negócios processuais. Salvador, Juspodivm: 2016.

SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. *As provas no cível*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista de. *Curso de processo civil: Processo cautelar (tutela de urgência)*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Do processo cautelar*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Do processo cautelar*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire. *Direitos Fundamentais: Reflexões e Perspectivas*. 1. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. *O devido processo legal: uma visão pós-moderna*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2008.

_____. *Tendências do Pensamento Jurídico Contemporâneo*. V. 1. Salvador: Juspodivm, 2007.

STAWINSKI, Maria Hercília Horácio. Da admissibilidade de contestação em produção antecipada de provas – Dois acórdãos em sentidos opostos. *Repro* 32/209, Out./Dez. 1983, p. 209-213. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

STRECK, Lenio Luiz. Livre convencimento no novo CPP: mas, já não apanha(ra)m o suficiente? *Revista Consultor Jurídico*. 2016. Disponível em:<http://www.conjur.com.br/2016-mai-05/senso-incomum-livre-convencimento-ncpp-nao-apanharam-suficiente#_ftn1v />. Acesso em: 20 mar. 2017.

TALAMINI, Eduardo. Ação monitória e cheque prescrito: relação subjacente, priva escrita e causa de pedir. *Revista de processo*, n. 228. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Da produção antecipada da prova. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de processo*, v. 260, out/2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016a.

_____. Ônus da prova. 2016. Disponível em:<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235364,31047-Onus+da+prova/>> Acesso em: 30 maio 2017.

_____. *Produção antecipada de prova*. 2016c. Disponível em:<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235462,51045-Producao+antecipada+de+prova/>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Trotta, 2005.

_____. *La prueba, artículos y conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2008.

_____. *Processo civil comparado: ensaios*. Apresentação, organização e tradução de Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Jurisdição Voluntária*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

TORRES DE MELO, Rogério Licastro. Ação probatória: um redutor de litigiosidade. In: OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro (Coord.) *A prova no direito processual civil*. Estudo em homenagem ao professor João Batista Lopes. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

THEODORO JR., Humberto. *Processo Cautelar*. 22ª ed. São Paulo: Leud, 2005.

_____. *Curso de direito processual civil: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência*. V. 1. 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. V. 1. 56ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. V. 1. 57ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TUCCI, Rogerio Lauria. *Ação civil pública: falta de legitimidade e de interesse do Ministério Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Garantia do processo sem dilações indevidas*. Garantias constitucionais do processo civil - Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo: RT, 1999.

VERBIC, Francisco; SUCUNZA, Matías A. Prueba anticipada em el nuevo Código Procesal Civil: un instituto relevante para la composición eficiente, informada y justa de los conflictos. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Coleção grandes temas do Novo CPC*. Direito Probatório. v. 5. 2ª ed. Salvador, Juspodivm, 2016.

VIEIRA, Christian Garcia. *Asseguração de prova*. São Paulo: Saraiva, 2001.

VITORELLI, Edílson. *O devido processo legal coletivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. v. 1. 15 ed. São Paulo: RT, 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil, artigo por artigo*. 1 ed. São Paulo: RT, 2015.

YARSHELL, Flávio Luiz. Brevíssimas notas a respeito da produção antecipada da prova na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 14, p. 52-56. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. Da produção antecipada da prova. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Org.). *Breves comentários do código de processo civil*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Da produção antecipada da prova. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Org.). *Breves comentários do código de processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.