

BRUNA LAÍS SOUSA TOURINHO NAKAMURA

Efetividade da produção antecipada de provas

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor José Carlos Baptista Puoli

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2020

BRUNA LAÍS SOUSA TOURINHO NAKAMURA

Efetividade da produção antecipada de provas

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor José Carlos Baptista Puoli.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2020

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Nakamura, Bruna Laís Sousa Tourinho
Efetividade da produção antecipada de provas ;
Bruna Laís Sousa Tourinho Nakamura ; orientador José
Carlos Baptista Puoli -- São Paulo, 2020.

211

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação
em
Direito Processual) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2020.

1. Direito processual civil. 2. Provas. 3.
Produção antecipada de provas. 4. Efetividade. I.
Puoli, José Carlos Baptista, orient. II. Título.

BANCA EXAMINADORA:

Dedicatória

*Ao meu marido, Rodrigo Tourinho Nakamura,
pelo amor, confiança, companheirismo e apoio
sempre. Dedico o trabalho a você, que esteve ao
meu lado em todos os momentos. Te amo muito.*

Com você e por nós, este trabalho faz sentido.

AGRADECIMENTOS

Logo após a conclusão da minha graduação na Universidade Federal da Bahia em 2014, escolhi São Paulo para ampliar ainda mais os meus horizontes e me propus a cursar o mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. A partir de então, não economizei esforços para alcançar este primeiro objetivo.

A caminhada desde a aprovação no processo seletivo para o início em 2017 até a conclusão deste trabalho foi repleta de aprendizados, alegrias e realizações, mas também de muitos desafios e de momentos difíceis. Nessas situações, eu cresci e me tornei mais forte e preparada para os novos caminhos que virão em razão da conclusão desta etapa.

Por todas as oportunidades de conhecimento e de crescimento ao longo desses 3 anos, eu agradeço imensamente ao meu orientador Professor José Carlos Baptista Puoli. Sou muito grata pelos aprendizados ao longo do mestrado, desde as suas aulas para a graduação, passando pelas aulas do programa de pós-graduação, até as preciosas orientações para a conclusão desta dissertação. Os seus ensinamentos em todos os momentos foram fundamentais para a minha formação e amadurecimento no mestrado, o que consolidou ainda mais a minha admiração e respeito pelo Professor, advogado e pessoa que você é.

A realização deste sonho também não seria possível sem as pessoas mais importantes da minha vida. Cada uma dessas pessoas contribuiu para a concretização deste trabalho.

Do fundo do meu coração, agradeço ao meu marido Rodrigo Tourinho Nakamura por estar ao meu lado todos os dias incondicionalmente e por ter acreditado em mim quando nem mesmo eu acreditava. Sem o seu amor, paciência, companheirismo, incentivo, cuidado e dedicação, tudo isso não seria possível. Com você, a minha caminhada foi mais leve, mais agradável e menos solitária. Com você, eu tenho cada vez mais motivos para ir além.

Agradeço especialmente aos meus pais, que desde o início da minha formação não mediram esforços e abdições em suas vidas para me proporcionar as melhores oportunidades para estudar. Vocês também me ensinaram sobre a vida, valores, e me deram força de vontade para que, hoje, eu quisesse, pudesse e conseguisse estar aqui. Desejo que eu e Rodrigo sejamos capazes de fazer tudo o que vocês fizeram por mim pelos seus netos.

Agradeço muito a todos da minha família, que em muitas ocasiões compreenderam a minha indisponibilidade, ausência e distância, mas com os quais eu me esforcei para estar

perto nos principais momentos. Gostaria de homenagear todos vocês, e por isso menciono os seus sobrenomes para contemplá-los com o meu amor: Reis, Sousa, Tourinho, Nakamura e Azevedo. Obrigada por estarem comigo com muito amor e alegria.

Igualmente, eu agradeço aos meus amigos, que ao longo dos últimos anos também conviveram com o meu mestrado e torceram pelo meu sucesso de perto ou mesmo de longe.

Ao longo da minha trajetória acadêmica e profissional, tive referências importantíssimas. Em especial, menciono Dr. Luiz Arthur Caselli Guimarães e Ricardo Peake Braga pelo apoio essencial que me deram. Também sou muito grata aos Professores Flávio Luiz Yarshell e Marcelo José Magalhães Bonizzi, os quais contribuíram substancialmente com orientações e proposições para o trabalho na Banca de Qualificação.

Para finalizar, agradeço aos meus colegas e amigos do mestrado e do doutorado, que desde as aulas contribuíram com o seu conhecimento e ajuda em diversos momentos, inclusive para a elaboração desta dissertação, com destaque para Willian Stoianov, também orientado pelo Professor José Carlos Baptista Puoli, que me acompanhou do início ao fim.

Processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material.

(José Roberto dos Santos Bedaque)

RESUMO

NAKAMURA, Bruna Laís Sousa Tourinho. **Efetividade da produção antecipada de provas**. 2020. 211 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

A produção antecipada de provas é um tema relevante no âmbito do direito probatório. A reestruturação do tema no Código de Processo Civil de 2015 foi muito importante para a desvinculação da produção antecipada de provas da demanda destinada a resolver o conflito de direito material, que antes era referida como *demanda principal*, bem como para o reconhecimento da desnecessidade do requisito da urgência para a sua realização. Diante desse contexto, o objetivo da dissertação foi analisar as principais repercussões da produção antecipada de provas como demanda autônoma, verificar a plausibilidade das disposições incluídas no Código de Processo Civil de 2015 pelo legislador, e, ainda, constatar a sua utilização no campo prático, ou seja, além das questões teóricas positivadas no novo diploma processual. A partir dessas premissas, o instituto, que já era conhecido no Código de Processo Civil de 1973, foi estudado à luz da efetividade do processo. Com o aprofundamento do assunto, pretendeu-se constatar se a intenção do legislador tem sido comprovada na prática e em que medida seria possível aprimorar e incentivar a utilização da demanda probatória autônoma em situações de direito material e de direito processual, inclusive a sua interface com a arbitragem. A partir da revisão da bibliografia sobre o tema, observou-se a contribuição da produção antecipada de provas para a consecução dos escopos do processo, o que foi estudado sob a ótica da efetividade do processo.

Palavras-chave: Provas. Direito autônomo à prova. Efetividade do processo. Produção antecipada de provas. Código de Processo Civil de 2015. Direito material.

ABSTRACT

NAKAMURA, Bruna Laís Sousa Tourinho. **Effectiveness of anticipated production of evidence**. 2020. 211 p. Master's Degree – Law School of the University of São Paulo, São Paulo, 2020.

The anticipated production of evidence is a relevant subject in the area of probative law. The restructuring of the theme in the Civil Procedure Code of 2015 was very important for untying the anticipated production of evidence of the demand to resolve the conflict of substantive law, which was previously referred to as the *main demand*, as well as for recognizing the needlessness of the requirement of urgency for its realization. Given this context, the purpose of the thesis was to analyze the main repercussions of the anticipated production of evidence as an autonomous demand, to verify the plausibility of the provisions included in the Civil Procedure Code of 2015 by the legislator, and also to verify their use in the practical field, that is, beyond the theoretical questions raised in the new procedural law. Based on these premises, the institute, which was already known in the Civil Procedure Code of 1973, was studied in the light of the effectiveness of the process. With the deepening of the subject, it was intended to verify if the legislator's intention has been proven in practice and to what extent it would be possible to improve and encourage the use of autonomous probative demand in substantive and procedural law situations, including its interface with arbitration. From the review of the literature on the subject, the contribution of the anticipated production of evidence to the achievement of the scopes of the process was observed, which was studied from the perspective of the effectiveness of the process.

Keywords: Evidence. Autonomous right to proof. Effectiveness of the process. Anticipated production of evidence. Civil Procedure Code of 2015. Substantive law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	19
1 DA PROVA À PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS	23
1.1 PROVA, DIREITO À PROVA, DIREITO DE PROVAR E ÔNUS DA PROVA	25
1.2 O OBJETO DA PROVA E A BUSCA DA VERDADE	33
1.3 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS	35
1.3.1 Princípio do contraditório	37
1.3.2 Princípio da cooperação	40
1.3.3 Princípio da duração razoável do processo	44
1.3.4 Outros princípios do direito probatório	46
1.4 O DIREITO AUTÔNOMO À PROVA: PROTAGONISMO DAS PARTES? ..	48
2 A EVOLUÇÃO DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS ATÉ AS HIPÓTESES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	53
2.1 ANÁLISE INICIAL: CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS	54
2.2 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E A CONSERVAÇÃO DA PROVA (<i>PERICULUM IN MORA</i>)	57
2.3 A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	63
2.3.1 Panorama geral da produção antecipada de provas sem o requisito da urgência e as referências encontradas nos sistemas jurídicos de outros países	65
2.4 SOLUÇÃO DE CONFLITOS E EFETIVIDADE DO PROCESSO	80
2.5 SISTEMATIZAÇÃO: HIPÓTESES DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS	84
2.5.1 A possível viabilização de soluções autocompositivas	88
2.5.2 O inciso III do artigo 381 do Código de Processo Civil de 2015	94

2.5.2.1	<i>A possibilidade de evitar futuros litígios</i>	94
2.5.2.2	<i>A viabilização da futura demanda</i>	95
2.6	A JUSTIFICAÇÃO E A EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO OU COISA: DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 AO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	97
3	A NOVA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS	101
3.1	A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS E A SUA NATUREZA JURÍDICA	101
3.1.1	Caráter dúplice da produção antecipada de provas	107
3.2	A PETIÇÃO INICIAL: ADMISSIBILIDADE, NECESSIDADE E RELEVÂNCIA DA PROVA	109
3.3	LEGITIMIDADE ATIVA E LEGITIMIDADE PASSIVA	115
3.3.1	Citação dos interessados	119
3.4	COMPETÊNCIA	121
3.4.1	Foros concorrentes: artigo 381, §2º, do Código de Processo Civil de 2015	121
3.4.2	Controvérsia sobre a prevenção do juízo da possível demanda futura: artigo 381, §3º, do Código de Processo Civil de 2015	124
3.4.3	A produção antecipada de provas pode ser um incidente processual ou trata-se apenas de um processo antecedente?	131
3.5	QUAIS PROVAS PODEM SER PRODUZIDAS NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS?	133
3.6	PROVAS SOBRE O MESMO FATO E CUMULAÇÃO DE PEDIDOS	135
3.7	LIMITES DA COGNIÇÃO: ENTRE A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS E EVENTUAL DEMANDA PARA A DISCUSSÃO DO DIREITO MATERIAL. O QUE PODE SER DISCUTIDO?	137
3.8	SENTENÇA PROFERIDA NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS	141
3.9	A NÃO ADMISSÃO DE DEFESA OU RECURSO	143
3.9.1	Defesa	144
3.9.2	Recurso	148

3.10 DESPESAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS	151
4 A EFETIVIDADE E A UTILIZAÇÃO DA NOVA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NO CONTEXTO ATUAL	155
4.1 A FORMULAÇÃO DO PEDIDO: PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS E A EVENTUAL DEMANDA PARA A DISCUSSÃO DO DIREITO MATERIAL	155
4.2 UTILIDADE DA PROVA PRODUZIDA ANTECIPADAMENTE E A EVENTUAL DEMANDA PARA A DISCUSSÃO DO DIREITO MATERIAL ...	157
4.3 APLICAÇÃO DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS	161
4.3.1 Produção antecipada de provas e direito material	161
4.3.2 Demanda monitória (artigo 700 do Código de Processo Civil de 2015)	168
4.3.3 Constituição de prova para a impetração de mandado de segurança	170
4.3.4 Outras provas úteis decorrentes da produção antecipada de provas	170
4.3.5 A produção antecipada de provas e a arbitragem: entre a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral.....	173
4.3.5.1 Cabimento e competência da produção antecipada de provas na arbitragem	175
4.3.5.1.1 A produção antecipada de prova com fundamento na urgência	176
4.3.5.1.2 A produção antecipada de provas sem o requisito da urgência.....	178
4.4 ABUSO DO DIREITO À PROVA E O LITÍGIO RESPONSÁVEL	186
CONCLUSÃO	193
REFERÊNCIAS.....	197

INTRODUÇÃO

O tema deste trabalho é a *efetividade da produção antecipada de provas*. A efetividade que se pretende analisar se relaciona à reestruturação das hipóteses e do procedimento da produção antecipada de provas do Código de Processo Civil de 2015, que compreende a solução adequada de conflitos, bem como os reflexos na própria eventual e futura demanda pela qual as partes poderão discutir a relação jurídica de direito material.

O questionamento principal do trabalho é saber em que medida a positivação da produção antecipada de provas como demanda autônoma no Código de Processo Civil de 2015 resolve as circunstâncias práticas que decorrem do instituto, bem como avaliar as várias possibilidades de sua utilização, tendo em vista o direito material e outras situações de direito processual que podem se servir da produção antecipada de provas.

O objetivo geral da dissertação é verificar os principais aspectos e controvérsias atinentes à produção antecipada de provas à luz do Código de Processo Civil de 2015.

Os objetivos específicos são analisar (i) a transição da produção antecipada de provas do Código de Processo Civil de 1973 ao Código de Processo Civil de 2015; (ii) as aproximações e os distanciamentos da produção antecipada de provas em relação a outros sistemas jurídicos que preveem instrumentos similares; (iii) quais as contribuições da nova produção antecipada de provas para a efetividade do processo; (iv) como o instituto tem sido utilizado na prática, inclusive diante de algumas decisões judiciais proferidas na vigência do Código de Processo Civil de 2015; e (v) em que situações concretas a nova produção antecipada de provas pode ser melhor aproveitada e as consequências dessa utilização.

Para atingir esses objetivos, buscou-se (i) fixar as premissas básicas relacionadas aos principais conceitos do direito probatório; (ii) analisar as diferenças entre a produção antecipada de provas como antes prevista no Código de Processo Civil de 1973 e no atual Código de Processo Civil de 2015; (iii) examinar o instituto da produção antecipada de provas teoricamente no intuito de suscitar os principais reflexos do seu procedimento; e (iv) estudar o instituto da produção antecipada de provas aplicado na prática.

O direito probatório é muito relevante no direito processual civil. O campo da produção de provas, seja nos processos judiciais, seja nos processos arbitrais, é extremamente rico e dinâmico, proporcionando o esclarecimento sobre os fatos essenciais

que envolvem os pedidos das partes, decisivos para a formação do convencimento do juiz ou do árbitro, o que é fundamental para a pacificação das relações sociais.

Ao buscar a tutela jurisdicional, as partes pretendem obter o bem da vida. Nesse contexto, a prova é essencial para a formação do convencimento do juiz, que aplicará o direito ao caso concreto. Porém, atualmente, a prova também tem outras funções.

O direito à produção de provas se tornou cada vez mais relevante em razão do realce da sua autonomia. Esse estudo não é novo, mas a melhor estruturação apresentada pelo Código de Processo Civil de 2015 não apenas consolidou as teses anteriormente debatidas e difundidas pela doutrina, mas também conferiu segurança jurídica para a utilização das ações probatórias autônomas, o que, entretanto, não encerra as discussões e a necessidade de debates a respeito do tema, com destaque à produção antecipada de provas. Isso porque verificam-se novas disposições com relação ao procedimento, que não era tão profundamente explorado pela doutrina na vigência do Código de Processo Civil de 1973.

A positivação da demanda de produção antecipada de provas no Código de Processo Civil de 2015 é um reconhecimento de que a prova sempre tem papel principal e decisivo; ou seja, o conflito que envolve a relação jurídica de direito material não é o foco desse processo; a prova não urgente deixa de ser produzida apenas na fase instrutória, e congrega outros objetivos além da imediata lógica comprovação dos fatos alegados, que antes somente era admitida com o caráter cautelar, o que marcou o Código de Processo Civil de 1973.

Nesse sentido, conforme dispõe o artigo 381 do Código de Processo Civil de 2015, são três as hipóteses em que a produção antecipada de provas pode ser admitida, quais sejam: (i) quando houver fundado receio de que se torne impossível ou muito difícil a verificação de determinados fatos na pendência da ação; (ii) quando a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; e (iii) o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

É nesse contexto que, a partir da autonomia do direito à prova, supera-se a noção de que o juiz é o único e exclusivo destinatário da prova, de modo que os sujeitos processuais também façam parte desse processo, com a possibilidade de avaliar suas chances em um futuro litígio com base nas provas produzidas em demanda autônoma e anterior, especialmente na hipótese em que não há urgência a justificar a tutela jurisdicional.

Especificamente no que se refere às novas disposições relativas à produção antecipada de provas no Código de Processo Civil de 2015, que é a parte mais relevante

deste estudo, buscar-se-ão respostas e interpretações a partir dos problemas verificados na vigência do Código de Processo Civil de 1973, os quais o legislador pretendeu resolver com o novo procedimento agora positivado no sistema jurídico brasileiro.

Tendo em consideração o direito estrangeiro, também foram estudados alguns instrumentos correlatos, com a finalidade de identificar diferenças e semelhanças em relação ao que acontece na sistemática brasileira com base em fundamentos teóricos, que ajudarão na busca de conclusões a respeito do tratamento de soluções que serão aventadas.

Esses parâmetros são importantes. Embora a maioria dos artigos relativos à produção antecipada de provas do Código de Processo Civil de 2015 tenha pacificado entendimentos que causavam problemas práticos importantes, há questões que precisam ter a atenção da doutrina porque ainda não foram completamente sistematizadas e aprofundadas.

Ao lado da autonomia do direito probatório, com o Código de Processo Civil de 2015 foi evidenciada uma preocupação com os métodos adequados de solução de conflitos, com grande estímulo à conciliação e à mediação, de modo que as partes cheguem a um acordo sem o prolongamento das discussões judiciais até que haja uma decisão por um terceiro imparcial. Nesse contexto, a produção antecipada de provas também assume uma função importante, tendo em vista que se pretendeu um instrumento apto a fomentar a autocomposição, nos termos do artigo 381, II, do Código de Processo Civil de 2015.

Sabe-se que uma das principais questões muito debatidas atualmente é o grande número de processos judiciais e a dificuldade de prestar uma tutela jurisdicional adequada e efetiva. Também nesse sentido, outra hipótese de produção antecipada de provas foi prevista no artigo 381, III, do Código de Processo Civil, que é aquela relativa à prevenção do ajuizamento de uma demanda em razão do prévio conhecimento dos fatos.

Outros temas e questões processuais complexas e controversas decorrem das disposições sobre a produção antecipada de provas no Código de Processo Civil de 2015, o que também será analisado nesta dissertação de mestrado.

O primeiro capítulo da dissertação foi destinado a analisar questões gerais relativas à prova e aos principais princípios constitucionais e processuais, com o objetivo de fundamentar as conclusões a respeito da autonomia do direito à prova e de outros aspectos do instituto. Essas considerações são válidas e servem para a análise do procedimento da produção antecipada de provas prevista no Código de Processo Civil de 2015.

O segundo capítulo apresenta a produção antecipada de provas a partir de uma pesquisa das suas origens, em especial das questões suscitadas no Código de Processo Civil de 1973 e a sua evolução até o Código de Processo Civil de 2015. Ao analisar a nova produção antecipada de provas, estabeleceram-se as considerações acerca da efetividade do processo e das hipóteses que podem autorizar a realização da prova antecipadamente.

No terceiro capítulo, foram examinados os aspectos procedimentais da produção antecipada de provas prevista no Código de Processo Civil de 2015, começando pela sua natureza jurídica até a finalização do processo, com a entrega da prestação jurisdicional.

Por fim, o quarto e último capítulo da dissertação destina-se a analisar as aplicações práticas da produção antecipada de provas, com foco em questões que podem ser suscitadas em decorrência da eventual e futura demanda para a discussão da relação jurídica de direito material, bem como situações de direito material e de direito processual nas quais ela pode ser útil, tudo com o objetivo de colaborar com a efetividade do processo.

Assim, entende-se que todos esses fatores aliados fazem com que o tema proposto nesta dissertação seja atual e interessante do ponto de vista da doutrina do direito processual civil. Com esse estudo, pretende-se incentivar a utilização da produção antecipada de provas à luz da efetividade do processo, pelo que se entende como sendo a satisfação do direito material mediante a melhor utilização dos instrumentos processuais, no intuito também de concretizar a intenção do legislador do Código de Processo Civil de 2015.

1 DA PROVA À PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

Para tratar da produção antecipada de provas, é preciso falar em prova. A realização da prova é o momento mais importante e vivo do processo, pois é nesse momento que os fatos são demonstrados e as partes buscam prová-los por diversos meios no intuito de obter o melhor resultado no processo. Como afirma Cândido Rangel Dinamarco, “É absolutamente impossível um processo em que se dispense por completo qualquer elemento fático”.¹ Isso porque o conflito é formado por relações dinâmicas, que envolvem interesses opostos, sendo que, com base na demonstração dos fatos, as partes pretendem obter o bem da vida.

A prova permite que o julgador tenha elementos concretos e reais a respeito da relação jurídica processual apresentada pelas partes, o que permite a formação do seu convencimento em relação à controvérsia. Nesse sentido, Marcelo José Magalhães sintetiza com clareza que “As provas devem estar em todos os momentos do processo em que se admite a alegação de fatos”, sendo, pois, “natural que isso ocorra com mais intensidade na fase de conhecimento, que se inicia após o saneamento e que dá oportunidade às partes de demonstrar a existência de determinados fatos”.² Vale destacar que não se olvida que a tarefa probatória seja importante na fase de cumprimento de sentença ou no processo de execução, porém, de modo geral, o processo de conhecimento ilustra as situações mais comuns e abrangentes, até mesmo em razão da especificidade que as demais tutelas apresentam.

A prova implica a constituição de elementos concretos e por vezes irrefutáveis que são capazes de subsidiar ou enfraquecer os argumentos das partes. A depender do resultado da prova, o processo pode exteriorizar realidades muito opostas, pois também haverá reflexos na escolha do adequado direito aplicável ao caso concreto.

O Código de Processo Civil de 2015 introduziu disposições que organizam e possibilitam a interpretação do direito probatório como um todo, inclusive para incentivar a adoção de novas práticas e a concretização de princípios processuais essenciais. Em certa medida, é possível afirmar que, com a nova legislação processual, alguns assuntos foram modernizados e adequados à realidade moderna atual. Como exemplos ilustrativos e não

¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume III. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 48.

² BONIZZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 23.

exaustivos, destacam-se a ata notarial (artigo 384),³ a prova técnica simplificada (artigo 464, §§ 2º, 3º e 4º),⁴ a utilização de documentos eletrônicos (artigos 439 a 441),⁵ e a possibilidade de inquirição de testemunhas diretamente pelas partes (artigo 459).⁶

Nesse contexto, insere-se a produção antecipada de provas, instrumento que por si só não é novo no ordenamento jurídico brasileiro, mas que foi aprimorado nos artigos 381 a 383 do Código de Processo Civil de 2015 para, principalmente, contemplar hipóteses nas quais não é exigida a verificação da urgência para possibilitar a realização da prova. Em razão disso, foi consolidado o direito autônomo à prova, que representa a nova produção antecipada de provas que é objeto desta dissertação.

Assim, serão apresentadas as principais questões pertinentes à prova no Código de Processo Civil de 2015. De início, os conceitos de prova, direito à prova, direito de provar e ônus da prova serão expostos no intuito de verificar as suas distinções.

Nos tópicos seguintes, e após a análise do objeto da prova em geral e dos princípios do direito probatório, verificar-se-á em que medida a produção antecipada de provas passou a ter autonomia, e quais são os reflexos que decorrem do novo procedimento atualmente previsto na legislação processual. Essa base é importante e a sua compreensão será utilizada no estudo dos temas dos capítulos subsequentes.

³ “Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião. Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial” (BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020).

⁴ “Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação. §1º. O juiz indeferirá a perícia quando: I - a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico; II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas; III - a verificação for impraticável. §2º. De ofício ou a requerimento das partes, o juiz poderá, em substituição à perícia, determinar a produção de prova técnica simplificada, quando o ponto controvertido for de menor complexidade. §3º. A prova técnica simplificada consistirá apenas na inquirição de especialista, pelo juiz, sobre ponto controvertido da causa que demande especial conhecimento científico ou técnico. §4º. Durante a arguição, o especialista, que deverá ter formação acadêmica específica na área objeto de seu depoimento, poderá valer-se de qualquer recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens com o fim de esclarecer os pontos controvertidos da causa” (BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020).

⁵ “Art. 439. A utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade, na forma da lei. Art. 440. O juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurado às partes o acesso ao seu teor. Art. 441. Serão admitidos documentos eletrônicos produzidos e conservados com a observância da legislação específica” (BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020).

⁶ “Art. 459. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, começando pela que a arrolou, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com as questões de fato objeto da atividade probatória ou importarem repetição de outra já respondida” (BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020).

1.1 PROVA, DIREITO À PROVA, DIREITO DE PROVAR E ÔNUS DA PROVA

Com o intuito de compreender a produção antecipada de provas como um direito autônomo, apresenta-se inicialmente a distinção entre as expressões e institutos “prova”, “direito à prova”, “direito de provar” e “ônus da prova”.

Entende-se como prova os meios aptos a comprovar as alegações deduzidas pelas partes, mas essa expressão pode ser ainda mais ampla. Leonardo Greco afirma que são três os sentidos da expressão “prova”: “prova como meio, prova como atividade e prova como resultado”.⁷ Essa conceituação é simples e objetiva, que contempla (i) a prova como meio para provar determinado fato, que é a primeira ideia que se tem da expressão; (ii) a prova como atividade, ou seja, o processo de produção probatória na fase de instrução do processo; e, ainda, (iii) o resultado da prova, que aferirá se aquele fato que se objetivou provar ocorreu ou não, ou mesmo se a atividade probatória realizada se prestou à sua finalidade.

A prova é o meio para a comprovação de determinado fato controvertido, e é definida por Cândido Rangel Dinamarco como “um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento”.⁸ No mais das vezes, a prova é um meio para que sejam atestados os argumentos e as alegações das partes, de modo a convencer o julgador de determinada versão dos fatos e se atingir o bem da vida pretendido, do que decorre o ônus da prova. José Carlos Barbosa Moreira considera que a prova é “a encruzilhada decisiva do processo”.⁹ Tanto é assim que a prova pode evidenciar exatamente o oposto do que foi alegado na petição inicial, que seria a constatação de que a parte não tem direito ao bem da vida pretendido no processo.

Michele Taruffo afirma que a prova é necessária para aferir a verdade de uma afirmação. Nesse sentido, a prova é o instrumento utilizado pelas partes há muito tempo para demonstrar a veracidade das suas afirmações, e o juiz a utiliza para decidir sobre a verdade ou a falsidade das declarações de fatos.¹⁰ Assim, em suas palavras, geralmente se entende

⁷ GRECO, Leonardo. O conceito de prova. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2003, ano IV, p. 218.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume III. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 47.

⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Juiz e a prova. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 179.

¹⁰ “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” (TARUFFO, Michele. **La prueba, artículos y conferencias**. Santiago: Editorial Metropolitana, 2008, p. 59).

como prova qualquer documento, instrumento, método, pessoa, coisa ou circunstância que possa proporcionar informações úteis para resolver a incerteza.¹¹

A prova é elemento viabilizador do atingimento da pacificação da crise de direito material.¹² Provar é a atividade que propicia que a jurisdição atinja seus escopos social e político.¹³ A descoberta da verdade pelos meios de prova é uma maneira de resolver a crise de direito material por meio das tutelas jurisdicionais, pois apenas por meio da prova o julgador poderá acessar os elementos fáticos da demanda e decidi-la, de modo a proporcionar um julgamento justo e pacificar as crises de direito material.

Diferentemente da conceituação de prova, mas sempre a ela relacionada, o direito à prova trata-se precipuamente da busca da prova e de ter acesso a ela sem que haja necessária vinculação às alegações deduzidas no processo.

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, o direito à prova é “o conjunto de oportunidades oferecidas à parte pela Constituição e pela lei, para que possa demonstrar no processo a veracidade do que afirma em relação aos fatos relevantes para o julgamento”.¹⁴

¹¹ “En términos muy generales, se entiende como prueba cualquier instrumento, método, persona, cosa o circunstancia que pueda proporcionar información útil para resolver dicha incertidumbre. Según esta definición, son prueba tanto los instrumentos para adquirir información que están expresamente regulados por la ley (las denominadas pruebas *típicas*) como aquellos que la ley no regula expresamente (las denominadas pruebas *atípicas*) pero que, sin embargo, pueden servir para fundar la decisión sobre los hechos” (TARUFFO, Michele. **La prueba, artículos y conferencias**. Santiago: Editorial Metropolitana, 2008, p. 59-60).

¹² “A diversidade de provimentos concebidos e instalados na ordem processual é um dos aspectos da *técnica processual*, destinando-se cada um deles a debelar uma espécie de *crise jurídica* mediante a oferta de solução prática adequada segundo os desígnios do direito substancial e sempre com vista a produzir *resultados úteis* na vida dos sujeitos. Sabido que o processo civil é institucionalmente voltado a produzir tais resultados (*processo civil de resultados*) e que cada uma dessas situações caracterizadas como *crises jurídicas* apresenta dificuldades específicas que não estão necessariamente presentes em todas, é natural que as técnicas variem e sejam diferentes os provimentos a emitir em cada uma delas” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume I. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 243). Nesse sentido, “As partes buscam o Judiciário a fim de ter o litígio resolvido, para tanto, apresentam suas alegações, sendo necessário que as comprovem por qualquer meio de prova admitido em direito” (VALENTE, Natasha Rocha; BORGES, Felipe Garcia Lisboa. Conteúdo e limites aos poderes instrutórios do juiz no processo civil contemporâneo. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. 243, p. 110).

¹³ Em relação aos escopos político e social da jurisdição, Cândido Rangel Dinamarco afirma que “Assim a jurisdição, como expressão do poder político. Saindo da extrema abstração consistente em afirmar que ela visa à realização da justiça em cada caso e, mediante a prática reiterada, à implantação do clima social de justiça, chega o momento de com mais precisão indicar os resultados que, mediante o exercício da jurisdição, o Estado se propõe a produzir na vida da sociedade. Por esse aspecto, a função jurisdicional e a legislação estão ligadas pela unidade do escopo fundamental de ambas: a *paz social*. Mesmo quem postule a distinção funcional muito nítida e marcada entre os dois planos do ordenamento jurídico (teoria dualista) há de aceitar que direito e processo compõem um só sistema voltado à pacificação de conflitos. É uma questão de perspectiva: enquanto a visão jurídica de um e outro em suas relações revela que o processo serve para a atuação do direito, sem inovações ou criação, o enfoque social de ambos os mostra assim solidariamente voltados à mesma ordem de benefícios a serem prestados à sociedade” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 188-189).

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume III. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 51.

Esse direito, que pode ser considerado como uma garantia, respalda a efetividade da “garantia constitucional do direito ao processo”.¹⁵

Não por outro motivo, o direito à prova em si considerada é tratado no próprio texto constitucional, no artigo 5º, LV, que dispõe que “são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.¹⁶ É importante a conclusão de Chiara Besso, no sentido de que garantir o acesso à justiça significa não apenas assumir e avaliar os meios de prova disponíveis, mas também ajudar a parte a encontrar e garantir as informações necessárias para apurar os fatos. De uma forma ou de outra, todos os sistemas processuais revelam alguma medida coercitiva para auxiliar as partes na busca das provas relevantes, razão pela qual o tema divide os processualistas do *civil law* e do *common law*.¹⁷

Em decorrência da previsão constitucional, o direito fundamental à prova tem conteúdo complexo e pode se apresentar conforme os seguintes aspectos: “(a) o direito de produzir provas; (b) o direito de participar da produção da prova; (c) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; (d) o direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida”.¹⁸ Especialmente quanto ao direito de produzir provas, é possível afirmar que ele abrange não apenas a produção de provas na fase instrutória do processo, mas, propriamente, como será estudado neste trabalho, um direito autônomo à prova.¹⁹

O processo, como instrumento, não alcançaria as suas finalidades sem que o direito à prova fosse oportunizado concretamente, do que podem decorrer diversas consequências práticas, a exemplo da produção antecipada de provas, cujas hipóteses, que serão detalhadas

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume III. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 51.

¹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020.

¹⁷ “Garantire l’accesso alla giustizia vuol dire non soltanto assumere e valutare i mezzi di prova di cui la parte dispone, mas assistere la parte stessa nella ricerca e nella assicurazione dei dati conoscitivi necessari per l’accertamento dei fatti. Ora, se tutti i sistemi processuali moderni prevedono una qualche misura coercitiva per assistere le parti nell’acquisizione delle prove rilevanti, il tema dell’*access to evidence* è il tema, insieme a quello del rapporto tra fase preparatoria e fase decisoria del processo, che maggiormente ha diviso i sistemi processuali delle due famiglie della *civil law* e della *common law*” (BESSO, Chiara. **La prova prima del processo**. Turim: G. Giappichelli, 2004, p. 217-218).

¹⁸ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, v. 218, p. 14.

¹⁹ Essa é a premissa de Flávio Luiz Yarshell na obra *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*, que pode ser sintetizada na seguinte passagem: “Portanto, este trabalho aceita e parte da premissa de que, embora a prova seja instituto de natureza processual, é perfeitamente possível sua formação fora processo; e – com maior razão – fora do processo “principal”, isto é, do processo cujo objeto é a declaração (ou a atuação prática) do direito” (YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 26)

no tópico 2.5, podem justificar ou evitar a propositura de uma nova demanda de mérito ou mesmo viabilizar a realização de uma autocomposição.²⁰

Por sua vez, o direito de provar é garantido pela utilização dos meios de prova disponíveis para a demonstração da verdade dos fatos na qual está fundamentada uma pretensão ou resistência das partes. Trata-se do direito que as partes se utilizam para se desincumbir do seu ônus de provar, com a utilização de todas as ferramentas disponíveis.

Nesse sentido, o Código de Processo Civil de 2015 assegura, no artigo 369, que “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.²¹ O dispositivo ainda traz a previsão de provas não previstas no Código de Processo Civil de 1973 vigente, como, por exemplo, a inclusão das atas notariais e dos documentos eletrônicos já mencionados, que são resultado da evolução tecnológica e da sofisticação das fontes de prova.²²

A amplitude do direito probatório, nesse contexto, verifica-se na plenitude dos meios de prova existentes e da profundidade do acesso a eles pelas partes envolvidas no litígio. Ou seja, os meios de prova destinam-se a estabelecer a verdade dos fatos alegados, sendo facultado às partes essa amplitude, desde que não haja ilicitude.²³

Não há propriamente uma contraposição entre o direito à prova e o direito de provar. A afirmação sobre a pré-constituição da prova diz respeito muito mais para abranger as situações em que não há uma vinculação ao *processo principal* ou a situações de urgência, o que, como será explicado à frente, guarda relação com o direito autônomo à prova.

²⁰ “O direito à prova revela-se também como direito ao conhecimento das fontes de prova. O Código de Processo Civil consagra esse direito ao disciplinar a *produção antecipada de prova*, admissível ainda quando não haja uma situação de urgência a ser debeatada (art. 381, incs. I-II). Esse é reconhecidamente um direito subjetivo material e a técnica da produção antecipada da prova constitui um instrumental destinado ao reconhecimento e satisfação desse direito” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume III. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 52).

²¹ BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020.

²² Sobre a distinção entre *meios de prova* e *fontes de prova*, Cândido Rangel Dinamarco afirma que “Sendo uma realidade o generalizado e até promíscuo emprego dos dois vocábulos, no art. 369 do Código de Processo Civil identifica-se a visível intenção de assegurar tanto o direito ao emprego das técnicas (*meios de prova*), quanto a de submeter a elas os elementos externos úteis obtidos por modos legítimos (*fontes*)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume III. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 52).

²³ TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução: João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 15.

Em síntese, enquanto prova pode ser definida como *demonstração*, provar significa *demonstrar*;²⁴ em outras palavras, o direito de provar é garantido por meio da utilização, pelas partes, de “todos os meios disponíveis a fim de se demonstrar a verdade dos fatos em que fundada uma pretensão ou resistência”,²⁵ o que fornece instrumentos aptos à construção, pelo terceiro imparcial, de conclusões lógicas a respeito das alegações de fato.²⁶

De qualquer forma, também como premissa, é importante pontuar que a amplitude e robustez do direito de provar e do direito à prova não os tornam infinitos ou ilimitados, tendo em vista que esses direitos devem ser equilibrados com a duração razoável do processo, bem como para evitar o abuso do processo e a violação ao princípio da boa-fé pelas partes.

Assim, o direito à utilização dos meios de prova necessários à tutela do direito pode ser limitado de forma excepcional, ou seja, quando houver colisão com outro valor constitucionalmente consagrado, a exemplo do sigilo profissional. Também nesse sentido, predomina o entendimento estampado na Constituição Federal de que as provas ilícitas são vedadas, com respeito aos direitos e garantias fundamentais.²⁷

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume III. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 47. Em sentido semelhante, destaca-se que “À demonstração dos fatos (ou melhor, das alegações sobre fatos) é que se dá o nome de prova” (LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 25).

²⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 209. No mesmo sentido, Michele Taruffo entende que as provas são úteis exatamente para saber se determinados fatos ocorreram ou não: “Habitualmente, en el fondo de las concepciones que, en los distintos ordenamientos, se refieren a la prueba judicial está la idea de que en el proceso se pretende establecer si determinados hechos han ocurrido o no y que las pruebas sirven precisamente para resolver este problema” (TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Tradução: Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 21).

²⁶ “Las consideraciones realizadas en los capítulos precedentes han puesto en evidencia cómo en muy diversos sectores de la experiencia se plantea el problema de establecer el fundamento racional de conocimientos que, no perteneciendo al campo de la lógica demostrativa sino al de la experiencia empírica, son por definición «inciertos», no obstante lo cual están destinados a constituir la base para decisiones de diversa naturaleza. En esos sectores surge un esquema conceptual muy común que se puede denominar de *evidence and inference* y que se vale de aportes provenientes de distintos campos a los efectos de ofrecer instrumentos generales para la formulación y el control racional de las inferencias que fundamentan aserciones sobre hechos. En ese contexto, emerge una noción general de «prueba» como elemento de confirmación de conclusiones referidas a aserciones sobre hechos o bien como premisa de inferencias dirigidas a fundamentar conclusiones consistentes en aserciones sobre hechos” (TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Tradução: Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 327).

²⁷ “A Constituição brasileira de 1988, consolidando aliás posição já antes consagrada pelo Supremo Tribunal Federal, afasta do processo – de qualquer natureza – a admissibilidade das provas ilícitas: ‘Art. 5, LVI: São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos’. Deve-se observar a propósito, em primeiro lugar, que a Constituição, ao estabelecer a inadmissibilidade das ‘provas obtidas por meios ilícitos’, trata inquestionavelmente das provas obtidas com violação do direito material. Em segundo lugar, ao prescrever expressamente a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, a Constituição brasileira considera a prova materialmente ilícita também processualmente ilegítima, estabelecendo desde logo uma sanção processual (a inadmissibilidade) para a ilicitude material. Assim, de acordo com a Constituição, as provas obtidas como violação do direito material, especialmente com ofensa a normas ou princípios constitucionais, simplesmente

Por fim, no que se refere à atividade probatória, deve-se considerar que, na medida em que as partes sustentam posições antagônicas, é importante que haja regras para que elas tenham segurança das consequências jurídicas que lhes podem ser atribuídas. Nessa linha, destaca-se que os ônus são muito frequentes na relação jurídica processual. O sistema processual é estruturado com base em outorga de oportunidades, de modo que, em certa medida, há a liberdade de escolha de realizar a conduta ou não.²⁸

Assim, é possível continuar a trajetória processual com chances de atingir efeitos que podem ser benéficos. Então, o ônus da prova é um encargo, vale dizer, um *peso* do qual o sujeito da relação jurídica processual pode ou não se desincumbir na tentativa de se buscar um resultado benéfico e satisfatório.²⁹

O ônus não é uma obrigação, como bem ressaltado em estudo desenvolvido por Francesco Carnelutti.³⁰ O ônus, como imperativo do próprio interesse,³¹ não é um dever jurídico, “mesmo porque não existe um direito que lhe seja correlato, nem propriamente qualquer sanção pelo seu não cumprimento”.³² Nesse sentido, Luiz Eduardo Pacífico também ressalta que “no ônus o sujeito é livre para adotar a conduta prescrita pela norma, não estando juridicamente vinculado ao seu cumprimento em favor de outro, como ocorre na obrigação”³³, e conclui que “o não exercício de um ônus não configura ato ilícito e não é sancionado, enquanto a violação de uma obrigação é ilícita e sancionada”.³⁴

não podem ter ingresso no processo, não podem produzir qualquer efeito válido sobre o convencimento judicial” (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Novas tendências em tema de provas ilícitas. Direito processual constitucional*. Coordenadores: José Carlos Baptista Puoli, Marcelo José Magalhães Bonizzi e Ricardo de Barros Leonel. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 4).

²⁸ Nesse contexto, destaca-se também o entendimento de Giuseppe Chiovenda, que afirma que “Conquanto não se possa, como observamos há pouco, falar propriamente de um *dever* de provar, mas apenas de uma *necessidade* ou *ônus*, o assunto encontra neste passo sua melhor oportunidade, porque a carência de prova dá origem a uma situação jurídica análoga à que enseja o inadimplemento de um dever, desde que a parte, a quem incumbia o ônus de provar, suporta as consequências da falta de prova” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**: a relação processual ordinária de cognição. As relações processuais. 2. ed. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Editora Saraiva, 1965, p. 374).

²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume III. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 77.

³⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1936, p. 53.

³¹ A expressão é extraída da doutrina alemã, que significa uma carga processual, e se relaciona às possibilidades que as partes têm no processo (GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Tradução: Leonardo Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1936, p. 203).

³² SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e no comercial**. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 94.

³³ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 36-37.

³⁴ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 41.

Assim, o ônus processual pode ser definido como o encargo que as partes têm e do qual elas precisam se desincumbir para atingir uma condição de relativa vantagem, embora a sua observância não seja uma garantia do resultado pretendido,³⁵ mesmo porque as presunções são baseadas em fatos e nos elementos que se têm sobre eles.

Ademais, essa noção na relação processual é respaldada pela necessidade de que o processo tenha fim e de que ele seja efetivo, e é por essa razão que é muito frequente a referência aos ônus das partes para basear a conduta no processo.

Especificamente, autor e réu têm, primeiro, o ônus de afirmar. Ou seja, na medida em que o juiz é inerte e, portanto, desconhece os fatos, cabe ao autor alegar; e ao réu, por outro lado, expor os fatos sob o seu ponto de vista. Quando os fatos são incontroversos, vale dizer, quando autor e réu não questionam os fatos tal como eles ocorreram, não há dúvidas; tanto é assim que facilmente o juiz pode proceder ao julgamento antecipado dos pedidos. Entretanto, havendo controvérsia a respeito desses fatos, surge o ônus de provar – e neste ponto está a parte mais dinâmica e complexa do processo –, sendo que, como delineado, o descumprimento desse ônus pode vir a acarretar uma consequência processual desfavorável.

Em relação ao ônus da prova, Cândido Rangel Dinamarco entende que ele é o “encargo, atribuído pela lei a cada uma das partes, de *demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse* para as decisões a serem proferidas no processo”.³⁶ Ou seja, as partes têm o ônus de provar os fatos que alegam,³⁷ mas deve-se destacar que a parte pode ou não atender a esse ônus, do que não decorrerá nenhuma sanção, mas, eventualmente, uma

³⁵ Em síntese, Eros Grau conclui que “poderemos referir o *ônus* como vínculo que a lei impõe à vontade do sujeito como condição à obtenção ou conservação; pelo próprio sujeito, de um interesse seu; neste sentido, na dicção de Von Thur, o *ônus* é expressão da gestão de um interesse pessoal; o sujeito vinculado pelo ônus não está juridicamente compelido a cumprir o seu objeto, tal como ocorre no *dever* e na *obrigação*; o seu não-cumprimento não implica imposição de sanção jurídica ao sujeito vinculado pelo *ônus*, mas tão somente a não obtenção ou não conservação de um direito” (GRAU, Eros Roberto. Nota sobre distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1982, v. 77, p. 183. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66950>>. Acesso em: 23 jun. 2017).

³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume III. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 77.

³⁷ Leo Rosenberg assevera que “en un procedimiento basado en la máxima dispositiva, las partes non sólo tienen que probar los hechos necesarios para la decisión sino que también deben introducirlos en el proceso mediante su afirmación, convirtiéndolos de este modo en fundamentos de la sentencia. En esto estriba el concepto de la *carga de la afirmación* (también llamada *carga de la alegación*)” (ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002, p. 61).

potencial consequência desfavorável, o que, de todo modo, sempre dependerá dos demais elementos probatórios que constam no processo.³⁸

A doutrina classifica o ônus da prova nos aspectos subjetivo e objetivo. José Carlos Barbosa Moreira esclarece com precisão que o ônus da prova, no sentido subjetivo ou formal, seria o desejo da parte de obter a vitória, o que lhe traz a necessidade de proceder à produção dos meios de prova necessários à instrução do processo.³⁹ Luiz Eduardo Boaventura Pacífico, por sua vez, sintetiza que “o *ônus subjetivo da prova* identifica-se com a necessidade de as partes fornecerem as provas dos fatos relevantes em seu favor”.⁴⁰

O ônus objetivo ou material, na concepção de José Carlos Barbosa Moreira, refere-se à *distribuição de riscos*, ou seja, a lei expressa os critérios para indicar, a depender do caso concreto, qual dos litigantes terá de suportar os riscos e, então, arcará com as consequências desfavoráveis de não ter provado esse ou aquele fato que lhe aproveitava.⁴¹ Ou seja, passada a fase probatória, o magistrado, convicto dos fatos alegados ao longo do processo, resolverá aquele conflito, ainda que seja necessário se utilizar da regra do ônus.

A relevância da prova e dos elementos a ela relativos implicaram a ampliação do seu protagonismo no direito processual civil. Assim, a prova pode ser formada fora do processo e, no que se refere a esse estudo, considera-se que ela pode ser constituída inclusive de forma desvinculada da eventual demanda para a discussão da relação de direito material, cuja finalidade é a obtenção da maior efetividade do processo.

Diante dessas considerações, vale mencionar brevemente o objeto e o objetivo da prova no intuito de diferenciá-los da produção antecipada de provas.

³⁸ Eduardo Cambi afirma que “o ônus da prova possui uma especificidade em relação à categoria do ônus em sentido geral, porque o seu simples cumprimento não assegura, necessariamente, uma consequência favorável; isto é, realizar a prova não é um dado decisivo ou o único meio para conseguir a obtenção da tutela jurisdicional plena. Percebe-se, pois, que não basta à parte produzir a prova (por sinal, é indiferente quem a produz), para que a sua pretensão ou a sua defesa sejam acolhidas, mas é necessário que essa prova realizada, no contexto do conjunto probatório, tenha força persuasiva suficiente para poder convencer o juiz de que suas alegações são verdadeiras e de que tem razão, merecendo obter a tutela jurisdicional favorável; caso contrário, não haveria sentido a fase de valoração da prova e o magistrado não teria como julgar o dilema de ter de decidir qual das partes tem razão, se ambas provassem os fatos a que estão onerados” (CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 315).

³⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil**: segunda série. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, p. 74.

⁴⁰ PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 150.

⁴¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil**: segunda série. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, p. 75.

1.2 O OBJETO DA PROVA E A BUSCA DA VERDADE

O objeto da prova pode ser definido como o “conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para os julgamentos a serem feitos no processo, não sendo esses fatos notórios nem presumidos”.⁴² Para Michele Taruffo, a prova se destina a estabelecer a verdade de um ou mais fatos relevantes para a decisão.⁴³

Vale ressaltar que não se trata do convencimento do julgador acerca das interpretações, alegações ou enquadramento jurídicos, mas, efetivamente, da demonstração do acontecimento ou não de determinado fato para a consequente valoração pelo julgador.⁴⁴ Em muitos casos, há dúvida natural sobre a distinção entre questões de fato e questões de direito.⁴⁵ Essa separação tem reflexos não apenas na produção antecipada de provas, mas até mesmo, por exemplo, na admissibilidade dos recursos extraordinários.⁴⁶

⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume III. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 63.

⁴³ “La noción habitual de prueba de la que se ha partido se fundamenta sobre la idea de que la prueba sirve para establecer la verdad de uno o más hechos relevantes para la decisión. Esta idea puede ser expresada de distintas formas, pero un dato común y recurrente en las diversas culturas jurídicas es que el hecho es el «objeto» de la prueba o su finalidad fundamental, en el sentido de que es lo que «es probado» en el proceso” (TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Tradução: Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 89).

⁴⁴ “Objeto da prova constituem os fatos que não sejam reconhecidos e notórios, porquanto os fatos que não se possam negar “*sine tergiversatione*” dispensam prova. As normas jurídicas, visto que devem ser conhecidas do juiz, não representam objeto de prova no sentido de que a falta de provas delas possa prejudicar qualquer das partes. Da mesma forma as “regras de experiência”. Faz-se exceção, todavia, quanto às normas que ao juiz cumpria, de fato, aplicar, no caso de provadas, mas que não é obrigado a conhecer, ou seja, as normas de direito *consuetudinário* e as normas de direito *estrangeiro*” (CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**: a relação processual ordinária de cognição. As relações processuais. 2. ed. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Editora Saraiva, 1965, p. 94)

⁴⁵ “Alguma incerteza decorre do já tradicional problema de distinguir as «questões de fato» das «questões de direito», uma distinção que pode ser traçada de várias maneiras e com consequências diversas. Outras fontes de incerteza podem derivar, ainda, da inevitável, porém complexa, conexão entre fato e direito no contexto da tomada da decisão judicial, uma vez que o «fato em litígio» somente pode ser identificado de acordo com a norma jurídica usada como critério para decidir” (TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução: João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 16).

⁴⁶ Danilo Knijnik aponta três causas que demonstram a superação da necessidade de qualificação das questões de fato e de direito de forma separada: (i) hermenêutica, (ii) dogmática (assumir a opção legislativa por normas abertas), e (iii) processual (vínculo intrínseco entre o direito processual e o direito material). A mesma questão pode pender para o fático ou para jurídico, dependendo de como é colocada (KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 268). Os fatos compõem a decisão judicial, mas, conforme estabelecido nos enunciados das Súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, para que seja analisado o mérito dos recursos extraordinário e especial, o recorrente deve impugnar não a questão fática, isto é, não pode indagar se determinado fato ocorreu ou não, ou de que modo ocorreu, e por isso deve direcionar as razões do seu inconformismo apenas em relação ao enquadramento legal deste fato (qualificação jurídica do fato). Assim, a discussão sobre a qualificação jurídica dos fatos é permitida e enseja a interposição destes recursos excepcionais. Contudo, como há uma linha tênue entre essas questões, esse tema torna-se muito controverso.

Em sentido contrário, na demanda para a produção antecipada de provas, o objeto da prova não é estabelecer a verdade dos fatos, porque se pretende, por meio dessa demanda, produzir a prova para que, em eventual processo para a discussão da relação jurídica de direito material, ela seja valorada e o julgador aplique o direito. Trata-se efetivamente do direito à prova, e não da busca da verdade com relação aos fatos apresentados pelas partes.

Pode ser, inclusive, que, em razão do resultado da produção de provas, o processo futuro não seja proposto, quer em razão da viabilização de um acordo entre as partes, quer, ainda, pelo reconhecimento da inviabilidade da futura demanda.

Portanto, não se pretende a busca da verdade – real ou formal⁴⁷ – na produção antecipada de provas.⁴⁸ Na hipótese de ser proposta a futura demanda para a discussão da relação jurídica de direito material, é nela que as partes buscarão convencer o juiz das suas alegações, inclusive com a utilização de outros meios de prova que não foram objeto da produção antecipada de provas. A despeito disso, é possível afirmar que indiretamente as partes buscam a verdade na produção antecipada de provas, pois dela poderão se utilizar futuramente, o que não significa que a prova será valorada de forma antecipada.

⁴⁷ Essa dualidade é utilizada para fins ilustrativos, e não para aprofundar a discussão atinente ao tema. Nesse contexto, Michele Taruffo afirma que essa distinção não é concebível: “La distinción entre verdad formal y verdad material es, sin embargo, inaceptable por varias razones que la doctrina menos superficial ha puesto en evidencia desde hace tiempo. (...) El hecho es que la distinción entre verdad formal y material deja sin definir la última de ellas, identificada únicamente por oposición con la verdad formal, que se considera la típica del proceso. Cuando se elimina o supera esta distinción y, precisamente, se piensa que de alguna forma y en alguna medida el proceso y las pruebas tienen que ver con la denominada verdad material, se presenta el problema de determinar qué es esa verdad. Esto es, se produce la remisión inmediata e inevitable, que ya se ha mencionado, a la dimensión extraprocesal y extrajurídica del problema de la verdad” (TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Tradução: Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 24-25).

⁴⁸ A despeito da discordância de Francesco Carnelutti em relação à dicotomia entre verdade formal e verdade material (CARNELUTTI, Francesco. **La prova civile**. Roma: Edizioni dell’Ateneo, 1947, p. 29-30), destaca-se a definição de Jordi Ferrer Beltrán, de que a verdade material “(...) é aquela que se fala fora do processo judicial. Por isso, também é possível referir-se a essa pela denominação de verdade *tout court*, sem outros qualificativos. Não está claro quais seriam as condições de verdade, nesse sentido, em que os teóricos que propuseram tal distinção estavam pensando, mas é plausível sustentar que a verdade (material) de um enunciado dependa de sua correspondência com o mundo: da ocorrência dos fatos cuja existência é afirmada, ou da não ocorrência dos fatos cuja existência é negada. Essa é precisamente, a verdade que se crê inalcançável, pelo menos em muitas ocasiões, no processo judicial”. Já a verdade formal “(...) é aquela que se obtém no processo, como resultado da atividade probatória. Tal verdade formal pode coincidir ou não com a material (mesmo que, frequentemente, admita-se ser desejável que o faça), mas seria aquela que gozaria de autoridade jurídica. Independentemente da coincidência com os fatos realmente ocorridos, à declaração de fatos provados realizada pelo juiz ou tribunal na sentença é atribuída a qualificação de verdadeira formalmente. Essa declaração pode ser revogada e substituída por outra por um tribunal superior, mas, uma vez transitada em julgado, a sentença é ‘a única verdade’ que interessa para o direito. Dessa forma, a declaração de fatos provados realizada pelo julgador torna-se verdadeira (em sentido formal) pelo mero fato de ser emitida pelo órgão judicial. Ainda que nada seja dito a tal respeito pelos defensores da distinção, parece claro, desse modo, que a declaração de fatos provados adquire força constitutiva” (BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito**. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 66).

Assim, apesar dos pontos de contato, como será tratado ao longo desta dissertação, o objeto da prova na produção antecipada de provas é diferente daquele da eventual demanda para a discussão da relação jurídica de direito material, o que reflete diferenças relevantes.

1.3 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Ainda para tratar de premissas gerais, serão realizadas considerações sobre princípios fundamentais que comumente são relacionados à produção antecipada de provas.

O Código de Processo Civil de 2015 dedicou um capítulo específico para tratar das “Normas Fundamentais do Processo Civil”, que repetem algumas disposições constitucionais que já se aplicavam ao processo civil. Com isso, a intenção do legislador foi incentivar e reforçar a aplicação concreta dessas normas fundamentais.

Os princípios constitucionais estão intrinsecamente ligados ao direito processual civil, e, como em qualquer outra matéria, servem de base para a orientação da conduta das partes e do julgador.⁴⁹ Desses princípios, também decorrem outros princípios específicos que se referem ao direito probatório.⁵⁰ Os princípios orientam a interpretação das regras, e, diante do conflito entre elas, são fundamentais para a tomada de decisões justas.

Como premissa, destaca-se o devido processo legal, previsto no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, que norteia o ordenamento jurídico brasileiro, pois dele são extraídos outros princípios, a exemplo do direito de não produzir prova contra si mesmo, isonomia, contraditório, igualdade, direito de participar de todos os atos processuais, publicidade, duração razoável do processo e juízo natural.⁵¹

⁴⁹ Na definição de Humberto Ávila, “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 129).

⁵⁰ Ronald Dworkin, que desenvolveu a premissa da conhecida teoria dos princípios apresentada por Robert Alexy, afirmou que os princípios se diferenciariam em relação às regras porque eles teriam uma *dimensão de peso ou importância* (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 42). A despeito das críticas que são e podem ser apresentadas em relação a essa teoria, o que não é objeto desse estudo, destaca-se apenas a importância da ideia para ilustrar que os princípios constituem um conjunto que deve ser observado na medida da sua relevância, cujo conteúdo é conferido pelas normas processuais e dos valores consagrados pelo legislador para o processo.

⁵¹ O artigo 5º, LIV dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020).

Nesse sentido, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco entendem que as garantias do devido processo legal são um “conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição”.⁵²

O princípio do devido processo legal é muito amplo, o que torna muito difícil a identificação exata do seu conteúdo, na medida em que esse princípio abrange uma série de diretrizes que podem se aplicar ao processo civil. Em razão disso, a crítica apresentada por José Carlos Baptista Puoli é pertinente, pois há um problema que decorre da baixa densidade normativa desse princípio.⁵³ Assim, afirma-se que “por maior que seja a relevância do princípio do devido processo legal, depende-se, em enorme medida, do concretamente disposto nas leis processuais para que se possa realizar um processo justo”.⁵⁴

Assim, o princípio do devido processo legal não pode ser invocado a qualquer custo, na medida em que o seu conteúdo não pode extravasar as regras processuais. Ou seja, deve-se preservar a segurança jurídica, haja vista que os jurisdicionados devem ter conhecimento do que podem esperar no processo para avaliar suas chances e riscos.

Com a menção a alguns princípios processuais, pretende-se apresentar brevemente uma base fundamental para o entendimento e a interpretação da produção antecipada de

⁵² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 88. Em conclusão, eles afirmam que “a garantia do acesso à justiça, consagrando no plano constitucional o próprio direito de ação (como direito à prestação jurisdicional) e o *direito de defesa* (direito à adequada resistência às pretensões adversárias), tem como conteúdo o direito ao processo, com as garantias do *devido processo legal*. Por direito ao processo não se pode entender a simples ordenação de atos, através de um procedimento qualquer. O procedimento há de realizar-se em contraditório, cercando-se de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz. E mais: para que esse procedimento, garantido pelo *devido processo legal*, legitime o exercício da função jurisdicional” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 90).

⁵³ “Já num primeiro contato com o texto do acima citado artigo 5, inciso LIV da CF é possível apreender que tal garantia condiciona a prática de atos de ‘invasão’ da esfera de direitos dos jurisdicionados a que tenham sido observadas hipóteses e condições previamente previstas pela lei processual. Uma vez mais surge, entretanto, a dúvida: O que realmente significa isto? Para responder a esta indagação, tem sido frequente a menção a que o devido processo legal relaciona-se com diversos elementos que devem estar presentes desde a criação, passando pelo desenvolvimento e chegando-se até a finalização da relação jurídico processual, para que se possa ter um processo justo, com garantias e oportunidades para que os sujeitos possam bem defender suas posições jurídicas no processo. Neste sentido, afirma-se que tal princípio é portador de uma ideia sintética dos bens jurídicos maiores que estão ali protegidos” (PUOLI, José Carlos Baptista. *Processo e Constituição: alcance amplo, mas não ilimitado, dos princípios constitucionais do processo*. **Direito processual constitucional**. Coordenadores: José Carlos Baptista Puoli, Marcelo José Magalhães Bonizzi e Ricardo de Barros Leonel. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 120-121).

⁵⁴ PUOLI, José Carlos Baptista. *Processo e Constituição: alcance amplo, mas não ilimitado, dos princípios constitucionais do processo*. **Direito processual constitucional**. Coordenação de José Carlos Baptista Puoli, Marcelo José Magalhães Bonizzi e Ricardo de Barros Leonel. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 123.

provas, especialmente no que se refere a seus aspectos novos e polêmicos que estão previstos no Código de Processo Civil de 2015 e que serão analisados neste trabalho. Assim, serão apresentados princípios processuais gerais e outros princípios específicos do direito probatório, de modo a constatar os principais reflexos no tema.

1.3.1 Princípio do contraditório

O princípio do contraditório é estabelecido no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, no qual consta que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.⁵⁵ Trata-se de previsão constitucional, que exterioriza e consolida o direito de ação e o direito de defesa, de modo que “o órgão julgador deve dar a mais ampla possibilidade de o litigante manifestar-se no processo”.⁵⁶ No Código de Processo Civil de 2015, há clara referência ao princípio do contraditório nos artigos 7º, 9º e 10.⁵⁷

É possível afirmar que o princípio do contraditório é imprescindível para a legitimação da decisão judicial, pois conecta as partes e o juiz, além de refletir em inúmeras situações no processo, nas quais esse princípio deve ser observado.⁵⁸

⁵⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020. Em relação ao diploma constitucional anterior (artigo 153, §15, da Constituição Federal de 1969), a Constituição Federal de 1988 estendeu a abrangência do princípio do contraditório para alcançar os processos civil e administrativo (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 20 out. 2019).

⁵⁶ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 251.

⁵⁷ “Art. 7º. É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica: I - à tutela provisória de urgência; II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III; III - à decisão prevista no art. 701. Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020).

⁵⁸ Em relação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, William Santos Ferreira sustenta que “A ampla defesa é o fundamento lógico do contraditório; ampla defesa é o contraditório pela perspectiva das atividades das partes. Em relação a elas, o contraditório é elemento estático, enquanto a ampla defesa, o dinâmico. Enquanto o contraditório assegura conhecimento, oportunidade de defesa de interesses e consideração judicial, a ampla defesa assegura o elemento dinâmico da bilateralidade, que é a efetiva utilização de meios e recursos pelas partes. Por isso, a ampla defesa é o fundamento lógico do contraditório, pois de nada adiantaria ciência-

Antônio do Passo Cabral afirma que “o contraditório abarca não só o conhecimento dos atos processuais praticados ou pendentes de realização, como também a possibilidade de pronunciamento a respeito”.⁵⁹ Sustenta-se, então, que o contraditório garante às partes a oportunidade de requerer as provas que entendem necessárias, o direito de produzi-las em igualdade de condições, a participação durante a sua produção, manifestando-se a respeito delas, além, inclusive, do poder do magistrado para a determinação de outras provas.

O princípio do contraditório é fundamental no tema da produção antecipada de provas, pois ele pressupõe a participação dos sujeitos processuais na produção da prova.⁶⁰

O direito de produzir provas é um dos aspectos dos princípios do contraditório e da ampla defesa no processo. Em verdade, o direito à prova é um dos aspectos mais importantes. Como afirma José Roberto dos Santos Bedaque, “O direito à prova é componente inafastável do princípio do contraditório e do direito de defesa”.⁶¹ Nesse sentido, também se posiciona Nelson Nery Júnior, para quem “O direito à prova, manifestação do contraditório no processo, significa que as partes têm o direito de realizar a prova de suas alegações, bem como de fazer contraprova do que tiver sido alegado pela parte contrária”.⁶² Ao tratar do conteúdo da garantia do contraditório no Brasil e em outros países, Ada Pellegrini Grinover

oportunidade-consideração judicial, se as partes não pudessem *ativamente* diante da informação, realizar atos (meios e recursos) voltados à consideração judicial. Contraditório é a representação máxima e necessária do conflito de interesses, de um processo que é *dialético* e voltado à solução, concebido com estrutura propiciadora de tese (autor), antítese (réu) e síntese (juiz)” (FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 44).

⁵⁹ CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, v. 126, p. 78.

⁶⁰ Em relação ao alcance do princípio do contraditório, ressalta-se que “Dentro dessas coordenadas, o conteúdo mínimo do princípio contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes. Por isso, para que seja atendido esse mínimo, insta a que cada uma das partes conheça as razões e argumentações expendidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o órgão judicial a tomar determinada decisão, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado (seja mediante requerimentos, recursos, contraditas etc.). Também se revela imprescindível abrir-se a cada uma das partes a possibilidade de participar do juízo de fato, tanto na indicação da prova quanto na sua formação, fator este último importante mesmo naquela determinada de ofício pelo órgão judicial” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Garantia do contraditório. Garantias constitucionais do processo civil**. Coordenador: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 144).

⁶¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Garantia da amplitude de produção probatória. Garantias constitucionais do processo civil**. Coordenador: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 168.

⁶² NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 251.

também afirma veementemente que a produção de provas é a principal etapa do processo, razão pela qual o direito à prova é essencial nesse contexto.⁶³

No que se refere à relação entre o princípio do contraditório e a produção de provas, Michele Taruffo e Gian Antonio Michele alertam que, nos países de *civil law*, a prova é determinada pelo juiz, porém este não é um óbice à participação das partes. Apesar disso, afirma-se que, diante dos poderes instrutórios do juiz, há uma certa dificuldade para que as partes participem verdadeiramente nesse processo, razão pela qual o comum é que essa participação seja mais formal, e não substancial.⁶⁴ De fato, não é suficiente que as partes se manifestem apenas formalmente, pois poderá haver prejuízo na produção da prova.

O princípio do contraditório não pode ser entendido apenas como o direito de produzir provas; ele também deve ser considerado à luz da efetividade da prova no processo. Para que a prova seja validamente produzida e possa ser considerada pelo julgador na formação do seu convencimento, é necessário que a sua formação ocorra em contraditório, ou seja, que as partes tenham a possibilidade de participação efetiva na sua produção. A prova produzida apenas por uma das partes não é formada a partir de um processo dialético, mas sim unilateral, o que não é suficiente para a sua validação.

Nesse sentido, é necessário defender a ampliação do contraditório na produção antecipada de provas. Como será visto, a distinção geral da produção de uma prova na produção antecipada de provas e na fase instrutória de um processo é exatamente o momento no qual ela é produzida. Isto é, a prova pode ser produzida antecipadamente em uma

⁶³ “E não é em vão que se salienta o direito à prova no quadro das garantias da ação e da defesa. Já se notou que a atividade probatória representa indubitavelmente o momento central do processo: estritamente ligada à alegação e à indicação dos fatos, visa ela a possibilitar a demonstração da verdade, revestindo-se, portanto, de fundamental importância para o conteúdo do provimento jurisdicional. É evidente, portanto, que o concreto exercício da ação e da defesa, tendo por escopo influir sobre o desenvolvimento e o resultado do processo, fica essencialmente subordinado à efetiva possibilidade de se representar ao juiz a realidade do evento posto como fundamento da ação ou da exceção; ou seja, à possibilidade de a parte servir-se das provas (assim Trocker, *op. cit.*, p. 510). Por isso, em todos os ordenamentos doutrina e jurisprudência referem-se ao ‘direito à prova’” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 19).

⁶⁴ “Quanto à participação das partes na administração contraditória da prova, o elemento mais importante nos sistemas de *civil law* é o fato de a prova ser determinada pelo juiz. Evidentemente, isto não impede às partes que assistam ao juiz: ao contrário, nos vários países regras há assegurando a assistência das partes. Do ponto de vista da plena participação das partes há diversos problemas: particularmente, no que tange ao contraditório sobre as provas administradas pelo juiz, o papel das partes sofre o risco, com efeito, de se reduzir a uma presença de cunho formal, tão-somente, não representando, portanto, uma participação no sentido de formar a prova. As normas que regulam a assistência das partes na administração da prova têm, freqüentemente, uma dimensão limitada, e visam a fazer prevalecer o papel do juiz sobre o das partes (o que é ainda mais evidente na prática judiciária). Há, portanto, uma distinção entre a assistência das partes à administração da prova e administração verdadeiramente contraditória da prova: a primeira é, de fato, freqüentemente realizada de maneira insuficiente” (TARUFFO, Michele; MICHELE, Gian Antonio. A prova. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, v. 16, p. 165).

demanda autônoma e, por conseguinte, ser aproveitada no futuro, caso seja proposta a demanda para a discussão da relação jurídica de direito material. Assim, a observância ao princípio do contraditório, além de propiciar que as partes se manifestem sobre a prova ao longo do processo, o que lhe confere maior abrangência, implica a possibilidade de utilização mais efetiva da prova produzida antecipadamente em outro processo.

Especificamente sobre a produção antecipada de provas, é interessante destacar os comentários de Cássio Scarpinella Bueno em relação a um acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973. Tratava-se da possibilidade ou não de apresentar pedido de esclarecimentos periciais em audiência de um processo de produção antecipada de provas. Cássio Scarpinella Bueno afirmou que a admissibilidade dos esclarecimentos foi bem reconhecida pelo tribunal, porque, “sob pena de mácula ao princípio do contraditório e da ampla defesa, deve ser admitido, em cada caso concreto, a ampla produção de prova e correlata discussão acerca do material coligido na perícia realizada antecipadamente”.⁶⁵ Vale dizer que a faculdade de manifestação das partes é essencial para que a prova seja produzida de modo a facilitar a solução do conflito, o que, no caso referido, é representado pela possibilidade de apresentação de pedido de esclarecimentos ao laudo pericial em audiência.

Destaca-se que esse é apenas um exemplo clássico, mas o princípio do contraditório tem aplicação em diversas situações no que se refere à produção antecipada de provas. O fato é que, como será abordado neste trabalho, na produção antecipada de provas, o princípio do contraditório deve ser observado, o que produz reflexos importantes.

1.3.2 Princípio da cooperação

O princípio da cooperação suscita muitas polêmicas na doutrina processual civil. O Código de Processo Civil de 2015 pretendeu consagrar a ideia de *modelo cooperativo* do processo.⁶⁶ Ao incentivar a atuação concorrente e cooperativa dos sujeitos processuais, o

⁶⁵ BUENO, Cassio Scarpinella Bueno. Aspectos polêmicos da produção antecipada de provas. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, v. 91, p. 324.

⁶⁶ “Nosso legislador procurou resolver esse problema com a adoção do modelo cooperativo – pautado pela colaboração do juiz para com as partes. (...). A colaboração é um modelo que se estrutura a partir de pressupostos culturais que podem ser enfocados sob o ângulo social, lógico e ético” (MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental no Novo Processo Civil brasileiro. **Revista do Advogado**: o novo Código de Processo Civil. São Paulo: AASP, 2015, n. 126, p. 48).

artigo 6º dispõe que “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.⁶⁷

Esse princípio tem sido muito invocado para fundamentar a produção antecipada de provas. Com base no denominado princípio da cooperação, pressupõe-se que, no contexto probatório, o julgador e os sujeitos processuais têm o objetivo primordial de obter a pacificação da crise de direito material estampada no processo. Na produção antecipada de provas, esse princípio estaria relacionado à colaboração entre os sujeitos processuais e o juiz na busca da prova e consequente esclarecimento dos fatos, porém, em linha de princípio, diante da realidade brasileira, entende-se que essa é uma concepção de certa forma utópica.

Segundo Fredie Didier Jr., o princípio da cooperação se relaciona com o princípio do contraditório, razão pela qual afirma que ele “informa e qualifica o contraditório”.⁶⁸ A previsão similar do princípio da cooperação pode ser encontrada, por exemplo, em Portugal (artigo 7º do Código de Processo Civil português de 2013)⁶⁹ e na França (artigo 11 do Código de Processo Civil francês).⁷⁰ São, entretanto, sistemas distintos do brasileiro.

Desde logo, é importante atentar para a real significação desta cooperação. Antes do Código de Processo Civil de 2015, Flávio Luiz Yarshell questionava se “em matéria de fatos e de prova, até onde vai o dever de lealdade e até que ponto sua violação caracteriza abuso de direitos processuais e, em relação às partes, eventual litigância de má-fé?”.⁷¹ Nesse

⁶⁷ BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020.

⁶⁸ DIDIER Jr., Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, v. 127, p. 75.

⁶⁹ “Artigo 7.º. Princípio da cooperação. 1 - Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio. 2 - O juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir as partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de facto ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência. 3 - As pessoas referidas no número anterior são obrigadas a comparecer sempre que para isso forem notificadas e a prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 417.º. 4 - Sempre que alguma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de faculdade ou o cumprimento de ónus ou dever processual, deve o juiz, sempre que possível, providenciar pela remoção do obstáculo” (PORTUGAL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=&nid=1959&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo>. Acesso em: 30 dez. 2019).

⁷⁰ “Il primo comma dell'art. 11 NCPC dispone poi l'obbligo per le parti di collaborare all'accertamento dei fatti. Una manifestazione fondamentale di tale obbligo è designata al secondo comma dello stesso art. 11, per il quale «se una parte detiene un elemento di prova, il giudice può, su richiesta dell'altra parte, ingiungere di produrlo a pena di *astreinte*» e lo stesso può fare qualora l'elemento di prova sia detenuto da un terzo. La concezione tradizionale racchiusa nel brocardo *nemo tenetur edere contra se* può quindi dirsi superata in Francia” (BESSO, Chiara. **La prova prima del processo**. Turim: G. Giappichelli, 2004, p. 81).

⁷¹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 151.

sentido, ele também perguntou “qual o conteúdo e o alcance do dever de colaboração?”.⁷² São questionamentos importantes, que devem nortear a aplicação deste princípio, pois a produção antecipada não parece ser um instrumento pelo qual será exigido das partes a efetiva colaboração na realização da prova, isso no sentido de fornecer elementos que eventualmente comprometam a sua posição no processo, a despeito da necessidade de obtenção da verdade no processo. Isso porque, como afirmado no tópico 1.2, inclusive, a produção antecipada de provas não se presta à busca da verdade no processo, mesmo porque não haverá valoração da prova produzida antecipadamente. O conteúdo da cooperação pode ser a lealdade das partes no cumprimento das decisões judiciais e no dever de não litigar de má-fé, na medida em que devem se portar conforme a boa-fé processual.

Como consequência desse pretendido modelo de cooperação, há referências aos *deveres* de esclarecimento, de consulta e de auxílio.⁷³ Nesse ponto, vale a menção ao princípio da boa-fé objetiva, pelo qual decorre a impossibilidade de as partes agirem de maneira torpe e de má-fé no processo. Afirma-se 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”.⁷⁴

Com isso, entende-se que a ideia de cooperação se confunde não com um novo dever de esclarecimento, mas efetivamente com os aspectos relativos à conduta processual das partes, que devem se pautar na boa-fé processual, haja vista a previsão de aplicação de multas por litigância de má-fé. Nesse sentido, não se concorda com a ideia de que o Código de Processo Civil de 2015 apresentou um inusitado modelo cooperativo, no que a produção antecipada de provas faria parte, mas que pretendeu apresentar outras bases para reforçar e incentivar a criação de uma nova cultura processual.

⁷² YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 151.

⁷³ Eduardo Cambi afirma que “O direito à prova passa a ser tratado como um direito primordial das partes, sendo objeto de tutela específica. Essa moderna compreensão dos problemas probatórios denota a insatisfatória visão que a noção de ônus da prova tem com relação à correta reconstrução dos fatos no processo, que é um dos pressupostos para a justiça da decisão. A noção de direito à prova serve para ressaltar o papel da *colaboração*, entre as partes e o juiz, na investigação das situações fáticas, asseverando que as partes devem ter acesso a todos os instrumentos probatórios disponíveis para a reconstrução dos fatos” (CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 73).

⁷⁴ DIDIER Jr. Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. 128, p. 216.

Não por outra razão, no que se refere à produção de provas, não há uma rigidez muito forte na imposição de sanções pelo descumprimento do princípio da cooperação, razão pela qual não se entende que ele seja um dever a ser observado pelas partes.

É verdade que o Código de Processo Civil de 2015 pretendeu, por exemplo, reforçar os princípios do contraditório (artigo 10) e da motivação das decisões judiciais, incentivar a utilização de negócios jurídicos processuais, e fortalecer os métodos alternativos de solução de conflitos. Entretanto, não se entende que essas inovações constituem fundamento para defender um novo modelo processual completamente diferente.

Especificamente sobre a prova, Marcelo José Magalhães Bonizzi faz ressalvas pertinentes com relação ao princípio da cooperação. Ele conclui que “nenhuma das partes está obrigada a colaborar com a outra, fornecendo, por exemplo, documentos que a comprometem”. Isso porque “Não há qualquer dever de produzir provas contra si mesmo, mas sim deveres éticos e aqueles relacionados à colaboração das partes no processo, conforme dispõe o art. 379”. Nesse sentido, em verdade, cabe às partes no processo “evitar incidentes infundados e outras posturas que possam comprometer o andamento do processo ou os recursos públicos que o sustentam”.⁷⁵

Desse modo, conclui-se que a o artigo 6º do Código de Processo Civil de 2015 não introduziu uma completa mudança de paradigma no processo, como se as partes e o juiz tivessem, a partir de agora, a obrigação de colaborar igualmente com a obtenção da prova. Defende-se, sim, que as partes não criem obstáculos à realização da prova, e que o juiz atue ativamente para a observância dos princípios do processo, com a realização de uma tutela efetiva. Por outro lado, destaca-se que essa previsão pode implicar um dispêndio maior de tempo no processo em razão da possível potencialização do princípio do contraditório.⁷⁶

Assim, muito embora a produção antecipada de provas tenha como premissa o esclarecimento de fatos pelas partes e a produção de provas com amplitude, entende-se que esse é um aspecto do contraditório, que já valida o processo. Por conseguinte, ainda que se reconheça os avanços trazidos pelo artigo 6º do Código de Processo Civil de 2015, ele deve ser interpretado não como um novo modelo, mas como mais um princípio orientador da

⁷⁵ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 31.

⁷⁶ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 31.

conduta das partes, de modo a incentivar o diálogo entre os sujeitos no processo, o que se confunde com a boa-fé pela qual as partes devem se pautar no processo.

1.3.3 Princípio da duração razoável do processo

O princípio da duração razoável do processo está previsto no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, que assegura que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.⁷⁷ Esse princípio também é refletido nos artigos 4º e 6º do Código de Processo Civil de 2015, que dispõem que as partes têm o direito de obter, em prazo e tempo razoáveis, a solução integral e efetiva do mérito do processo.⁷⁸

A duração razoável do processo “deve, pois, ser compreendida como a garantia de que o processo se desenvolverá *sem dilações indevidas*, não demorando mais (nem menos) do que o necessário para a produção de resultados justos”.⁷⁹

De fato, atualmente, o tempo da solução dos conflitos é extremamente importante, na medida em que as relações jurídicas estão cada vez mais dinâmicas e complexas. De um lado, esse princípio tem o aspecto da celeridade da tramitação do processo, mas, de outro, também aponta a necessidade de soluções alternativas dos conflitos.⁸⁰ Nessa linha, José Carlos Barbosa Moreira já afirmava que a celeridade da prestação jurisdicional não deve ser buscada a qualquer preço, sob consequência de não se ter uma boa justiça.⁸¹

⁷⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020.

⁷⁸ “Art. 4º. As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. (...). Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020).

⁷⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. O direito à duração razoável do processo. Entre eficiência e garantias. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, v. 223, p. 43.

⁸⁰ “O princípio da duração razoável do processo possui dupla função porque, de um lado, respeita ao *tempo do processo* em sentido estrito, vale dizer, considerando-se a duração que o processo tem desde seu início até o final com o trânsito em julgado judicial ou administrativo, e, de outro, tem a ver com a adoção de meios alternativos de solução de conflitos, de sorte a aliviar a carga de trabalho da justiça ordinária, o que, sem dúvida, viria a contribuir para abreviar a duração média do processo” (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 370-371).

⁸¹ “Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, v. 102, p. 231).

Não obstante, o princípio da duração razoável do processo também se relaciona à eficiência da prestação jurisdicional, que deve realizar os resultados esperados com o mínimo dispêndio financeiro possível.⁸² Michele Taruffo sintetiza que um sistema processual pode ser considerado eficiente quando é razoavelmente rápido e econômico, bem como estruturalmente orientado a alcançar decisões corretas, fundamentadas e confiáveis.⁸³

Nesse ponto, vale observar que o objetivo da dissertação não é tratar da eficiência da produção antecipada de provas no aspecto econômico, mas abordar os aspectos que demonstram a sua contribuição com a efetividade do processo pela análise teórica e prática dos seus desdobramentos, a fim de verificar os seus reflexos no direito material. Essa abordagem, contudo, não exclui a contribuição da produção antecipada de provas com a eficiência do processo, pois certamente há reflexos importantes nesse sentido.

O Código de Processo Civil de 2015 objetivou a melhora da prestação jurisdicional, e a duração razoável do processo é um de seus grandes motes.

Especificamente no que se refere ao tema deste trabalho, é possível afirmar que a produção antecipada de provas contribui com a concretização desse princípio, na medida em que (i) pode viabilizar a autocomposição; (ii) tem aptidão de contribuir com a diminuição do número de processo, e, com isso, influenciar indiretamente a duração razoável dos demais processos; e (iii) na medida em que confere elementos probatórios para eventual demanda para a discussão da relação jurídica de direito material, pode propiciar um futuro processo mais bem preparado, o que resulta em uma maior celeridade.

Assim, é evidente que a nova produção antecipada de provas se mostra um instrumento importante para a concretização dos objetivos expostos no Código de Processo Civil de 2015, até mesmo do princípio da duração razoável do processo.

⁸² “4. O termo eficiência pode ser definido como ‘a razão entre um resultado desejado e os custos necessários para sua produção’. Evidentemente, quando se trata do processo civil, não se levam em conta apenas os custos econômicos, mas todo e qualquer dispêndio, de tempo e energias, necessário para a produção dos resultados esperados do processo civil. Assim, o sistema de prestação de justiça civil será eficiente se for capaz de conduzir à produção dos resultados esperados do processo com o mínimo de dispêndio de tempo e energias. Essas ideias, como facilmente se percebe, aproximam o conceito de eficiência do processo civil do conhecido *princípio da economia processual*” (CÂMARA, Alexandre Freitas. O direito à duração razoável do processo. Entre eficiência e garantias. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, v. 223, p. 41).

⁸³ TARUFFO, Michele. Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil. **Páginas sobre justicia civil**. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 248.

1.3.4 Outros princípios do direito probatório

Os princípios acima tratados têm caráter geral, mas com amplos reflexos e discussões quanto ao tema deste trabalho. Com alcance mais restrito, far-se-á uma referência breve a princípios do direito probatório, que também se aplicam à produção antecipada de provas.

Primeiramente, vale destacar o princípio da máxima eficiência dos meios probatórios. É importante observar que a ideia de efetividade da produção antecipada de provas deste trabalho se diferencia do conteúdo do princípio da máxima eficiência dos meios probatórios. Com o estudo da efetividade da produção antecipada de provas, pretende-se analisar em que medida a reestruturação do Código de Processo Civil de 2015 atingiu os seus objetivos, analisar a sua contribuição para o direito material, bem como demonstrar as situações nas quais o instituto da produção antecipada de provas pode ser bem utilizado.

Com esse esclarecimento, destaca-se o princípio da máxima eficiência dos meios probatórios,⁸⁴ pelo qual se entende que deve ser extraído o máximo das provas produzidas. Na produção antecipada de provas, esse princípio é importante e deve ser observado em razão da necessidade de que a prova produzida seja suficiente para ser utilizada na eventual demanda de mérito que discuta a relação jurídica de direito material, de modo que não haja desperdício de tempo e de custos, o que pode acabar por esvaziar o procedimento.

Também é importante a menção ao princípio da proibição de utilização das provas obtidas por meios ilícitos. Trata-se de procedimento que se limita à admissão e colheita das provas, o que deve ser feito de forma lícita. Vale destacar que, por exemplo, diante de um requerimento de prova que viole frontalmente um direito constitucional, é evidente que a prova não poderá ser produzida antecipadamente. A prova que seria ilícita para fins de um processo judicial é igualmente ilícita no âmbito da produção antecipada de provas.⁸⁵

⁸⁴ “Em relação às partes, o princípio da máxima eficiência dos meios de prova tem duplo sentido: no primeiro, *positivo*, as partes têm assegurados meios instrutórios dotados de potência suficiente (*qualidade*) para que, se razão possuírem, demonstrarem o fato que lhes beneficia, sendo indissociavelmente um instrumento de atendimento dos princípios do contraditório e da ampla defesa. A sutil incidência do princípio está não no aspecto quantitativo (meios à disposição), mas sim na sua qualidade técnica, aptidão e na forma de potencialização” (FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 185).

⁸⁵ A despeito da referência às situações que admitem a mitigação do princípio da proibição da utilização de provas obtidas por meio ilícito, William Santos Ferreira bem sintetiza que “O legislador optou não somente por trazer sanções diretas à violação de direitos, como à intimidade, mas também obstar a utilização do seu *produto*, a prova, em nítida mitigação do princípio do livre convencimento motivado (art. 131, I, do CPC). Houve uma opção na Constituição pelos direitos materiais mencionados, em detrimento do esclarecimento de

Por fim, vale mencionar o princípio da aquisição da prova ou comunhão da prova. Segundo esse princípio, entende-se que a prova é destinada ao juiz para a formação de sua convicção e é integrada ao processo, de modo que qualquer uma das partes pode se beneficiar dela.⁸⁶ A partir desse princípio, já é possível verificar certa autonomia da prova.

William Santos Ferreira explica com clareza que “o princípio tem importância para aclarar a *natureza pública* da atividade jurisdicional e, conseqüentemente, das provas produzidas no processo que, rigorosamente, não têm titulares, havendo apenas destino (os autos) e destinatários”. Nesse sentido, os destinatários das provas “são todos que possam, dentro dos limites legais, utilizarem-se do acervo probatório que, ao final, deve ser considerado como um *todo unitário*”.⁸⁷

Como será destacado especificamente, na produção antecipada de provas, não há a valoração da prova produzida, razão pela qual esse princípio não se aplica diretamente a esse processo. No entanto, vale ressaltar que, na produção antecipada de provas, acontece a comunhão da prova, que poderá ou não ser utilizada em eventual demanda futura que venha discutir a relação jurídica de direito material conflituosa das partes.⁸⁸

Com a breve referência a princípios que norteiam o direito probatório e que têm relação com a produção antecipada de provas, passa-se a tratar da principal premissa

questões fáticas. Há na escolha uma clara advertência: não viole direitos, especialmente os assegurados por esta Constituição, para o fim de obter prova, porque essa será imprestável (FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 185, p. 97).

⁸⁶ “A prova não pertence à parte que a produziu. Isso impede que a parte que trouxe a prova aos autos pretenda posteriormente desistir ou renunciar a ela. Após o seu ingresso válido no processo, as provas formarão um conjunto unitário e deverão ser assim consideradas (como uma totalidade) pelo julgador no momento da valoração e formação do seu convencimento. Disso deriva ser perfeitamente admissível que a prova produzida por uma parte acabe beneficiando a outra” (AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 34-35).

⁸⁷ FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 128. Nesse sentido, Nelson Nery Júnior também afirma que “O destinatário da prova é o *processo* e não o juiz, de modo que não se pode indeferir a realização de determinada prova sob fundamento de que o julgador já se encontra convencido da existência do fato probando ou da própria questão incidental ou de mérito posta em causa” (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 251).

⁸⁸ “Em alguns casos a prova produzida em um ‘processo’ ingressa em outro sem perder a natureza originária; é o que ocorre na produção antecipada de provas, em que o escopo, é a *aquisição* da prova em momento anterior ao normal, especialmente visando a produção da prova para, se o caso, servir em outro processo. A oitiva de uma testemunha ou a prova pericial, no caso de cautelar de produção antecipada de provas ou a cautelar de exibição de um documento ou coisa, podem resultar na produção de uma prova que será *requerida*, deferida e produzida, porém a *avaliação* ocorrerá em outro processo, como o aproveitamento para uma ação de indenização cumulada com exclusão de sócio, após a exibição de livros. Não são os casos de prova emprestada, porque a prova já é realizada para ser utilizada em outro processo. Portanto, a *comunhão da prova*, nestes casos, já tem fim definido: servir de prova *em outro processo*, por isso não decorrendo problemas em relação ao contraditório e à ampla defesa, os dois grande óbices ao aproveitamento da prova emprestada” (FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 143).

encampada por este trabalho e que foi incorporada pelo Código de Processo Civil de 2015, que se refere ao direito autônomo à prova.

1.4 O DIREITO AUTÔNOMO À PROVA: PROTAGONISMO DAS PARTES?

Após a apresentação de alguns aspectos relativos ao direito probatório em geral, objetiva-se a identificação do direito autônomo à prova para que se possa compreender aspectos da premissa mais importante da produção antecipada de provas.

Como mencionado a respeito do princípio da aquisição ou comunhão da prova, após a produção da prova, a prova passa a pertencer ao processo e não simplesmente às partes ou ao julgador. No entanto, destaca-se que a menção a esse princípio não resulta na conclusão de que as partes não sejam destinatárias da prova. Isso porque a visão retratada no princípio significa tão somente que, uma vez produzidas as provas, elas passam a compor o arcabouço probatório do processo, de modo que não há qualquer vedação para que as partes firmem negócios jurídicos processuais a respeito da produção ou não de provas, ou que elas o façam para os fins da própria produção antecipada de provas.

Em um processo de conhecimento, após a propositura da demanda, inicia-se a fase postulatória do processo, em que há alegações por parte do autor na petição inicial e do réu na contestação. Passado esse primeiro momento, inicia-se a fase probatória, e, em regra, pertence ao autor da demanda o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu, por sua vez, trazer a juízo acontecimentos que possam impedir, modificar ou extinguir o pedido que provocou jurisdição. Segundo Ovídio A. Baptista da Silva, nenhuma das três etapas do procedimento probatório (proposição, admissão e produção da prova)⁸⁹ está plenamente presente na produção antecipada de provas, tendo em vista que o momento de sua admissão no processo caberia ao juiz da *demand principal*.⁹⁰

⁸⁹ Recentemente, também se afirma que a produção de provas usualmente ocorre “no curso do processo cognitivo, em momentos previamente definidos, que se desdobram nas fases de: proposição, admissão, produção e valoração da prova” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. *Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, v. 218, p. 14). Nesse sentido, também afirma Marcelo José Magalhães Bonizzi que os quatro momentos da prova no processo são requerimento, admissão, produção e valoração (BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 33).

⁹⁰ SILVA, Ovídio A. Batista da. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 387.

Mas a prova não é apenas importante na fase probatória do processo. Há anos, a doutrina tem entendido pelo reconhecimento da antecipação da prova antes do processo cognitivo de certificação do direito material ou mesmo incidentalmente no processo,⁹¹ tema que ganhou recente relevância em decorrência do Código de Processo Civil de 2015. Esse é exatamente o contexto que se entende pela maior participação das partes no que se refere à destinação da prova produzida no processo.

À luz do diploma processual civil anterior de 1973, a ideia de prova sempre esteve relacionada a princípios de um sistema que, como premissa, a prova era produzida para um magistrado, pois seria ele quem iria proceder ao julgamento do mérito daquela demanda (artigo 132 do Código de Processo Civil de 1973).⁹²

O processo cautelar era sempre vinculado ao *processo principal*. Posteriormente, o direito à prova deixou de ser vinculado à *demanda principal* e passou a ser entendido como autônomo, ou seja, não apenas ligado ao julgador, mas também às partes.

Aliás, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, em relação ao seu artigo 806, entendia-se que a ineficácia que decorreria da não propositura da demanda principal afetaria “tão-somente a medida, que perde o seu caráter de preparatória”, mas que não atinge a prova “na sua instrumentalidade”, de modo que a prova permanece eficaz.⁹³ Essa ideia também contribuiu para a noção de autonomia do direito à prova, que evoluiu até a reestruturação da produção antecipada de provas no Código de Processo Civil de 2015.

Hoje, após a evolução histórica do instituto, considerados outros postulados do sistema processual civil, em especial aqueles indicados no Código de Processo Civil de 2015, a ideia é que o juiz se comporte de forma mais proativa e dinâmica, e também que reconheça e propicie que as partes tenham um papel relevante no processo.⁹⁴

⁹¹ “Existem argumentos para considerar que a ação autônoma de produção de provas requeira prestação jurisdicional. Ao se analisar exclusivamente o direito autônomo à prova, como faziam autores antes mesmo do NCPC (LGL\2015\1656), conclui-se que a satisfação desse direito poderia ser buscada da mesma forma que qualquer outra pretensão material, ou seja, requerendo provimento jurisdicional para pacificar a disputa” (ZAKIA, José Victor Palazzi; VISCONTI, Gabriel Caetano. Produção antecipada de provas em arbitragem e jurisdição. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, v. 59, p. 204).

⁹² “Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor” (BRASIL. **Código de Processo Civil de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869/imprensa.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020).

⁹³ SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. São Paulo: Editora Saraiva, p. 348-349.

⁹⁴ A esse respeito, recentemente, verifica-se também o Enunciado n. 50 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, no qual consta “os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam

Assim, pode-se afirmar que “a prova que resulta do direito à prova é destinada, ao menos em princípio, a formar a convicção das partes”.⁹⁵ Evidentemente, ainda com a consolidação de que a prova se destina às partes, não se pode desconsiderar a visão do juiz, pois a prova é também a ele destinada e se presta a formar a sua convicção para, no fim, proferir uma decisão no processo. A diferença é que, se houver a produção antecipada da prova, essa não será a finalidade primária da prova, o que será objeto de decisão das partes.

A esse propósito, elucida Fredie Didier Jr. que “impõe-se uma revisão da lição tradicional de que o destinatário principal da prova é o juiz”,⁹⁶ pois a parte também deve ser considerada como destinatária da prova, na medida em que, na produção antecipada de provas, ela decidirá qual o objeto da prova que deseja obter, bem como se irá ou não propor a demanda para a discussão do seu direito material.

Nesse contexto, reconheceu-se o que se denomina de *direito autônomo à prova*. Ou seja, à parte não cabe apenas o ônus de provar e o direito de provar,⁹⁷ mas também o direito à prova de forma autônoma. Sobre esse último, Flávio Luiz Yarshell entende que “o que há é um direito simplesmente à produção (obtenção e pré-constituição) de determinada prova, entendido como a prerrogativa de invocar do Estado um ato que se esgote aí”⁹⁸, e complementa ao concluir que “ao sistema processual interessa a produção antecipada da prova mesmo se ausente o perigo da demora, de forma não necessariamente vinculada à declaração do direito”.⁹⁹ Ainda nas palavras de Flávio Luiz Yarshell, “sustentou-se a existência de um direito autônomo à produção da prova, de forma não diretamente vinculada

juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir na convicção do juiz”. Disponível em: <<http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2019.

⁹⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 319.

⁹⁶ DIDIER JR., Fredie. Ações probatórias Autônomas: produção antecipada de prova e justificação. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, v. 218, p. 17.

⁹⁷ “Conforme já mencionado, o direito de provar considera-se compreendido nos direitos de ação e de defesa, deles sendo uma espécie de desdobramento. Sob essa ótica, o direito de ação não se resume à mera prerrogativa de invocar a tutela jurisdicional e de dar início ao processo, sendo compreendido sob uma perspectiva analítica, que enfeixa uma série de posições jurídicas ativas do autor; dentre as quais o direito de provar as alegações de fatos controvertidos, pertinentes e relevantes” (YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 233).

⁹⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 233-234.

⁹⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 309.

ao pleito de declaração do direito material e ao processo instaurado para essa finalidade”,¹⁰⁰ razão pela qual define que “A esse direito convencionou-se chamar de *direito à prova*”.¹⁰¹

O direito autônomo à prova encontra fundamento no direito de ação, estabelecido no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, e o seu objeto é diferente do direito de provar. Isso porque o direito autônomo à prova tem o condão de convencer determinada parte a propor ou não uma demanda, ou mesmo viabilizar a realização de um acordo. O direito autônomo à prova propicia que as partes o exerçam de modo a se certificar sobre a ocorrência ou inoocorrência de um fato, o que facilita a verificação dos direitos que lhes são devidos.

De mais a mais, esse direito concretiza os escopos jurídico e social do processo, pois o ordenamento jurídico passa a conferir à parte a possibilidade de propor uma demanda mais bem instruída, lhe propiciar elementos que desestimulem a propositura de uma demanda com poucos fundamentos, bem como, em última análise, promover e incentivar a prevenção de litígios pela autocomposição, pois as cartas estarão na mesa para uma melhor análise de riscos e possibilidades¹⁰² relativas ao futuro e possível conflito.

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, privilegia-se “*um direito subjetivo material ao conhecimento da prova*”.¹⁰³ Percebe-se com clareza a importância da produção

¹⁰⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 310.

¹⁰¹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 310.

¹⁰² Sobre essa questão, Flávio Luiz Yarshell pontua que, no que se refere às partes, “sua avaliação de chances e riscos em um dado processo – futuro ou mesmo em curso – é influenciada, de forma relevante, pela prova de que disponham ou de que necessitem dispor – sendo essas últimas determinadas justamente em função do ônus que tenham para si atribuído. E dessa avaliação não pode ser simplesmente desconectado o tema do ônus de provar, porque a consciência da atribuição do encargo há também que nortear aquele tipo de avaliação”. O Professor prossegue e afirma que “a propósito, o estabelecimento, no ordenamento jurídico, de *presunções* parece confirmar a idéia de que as regras pelas quais se atribui o ônus da prova podem e devem ser entendidas como dirigidas também aos sujeitos parciais, de sorte a influenciar seu comportamento. É que, como sabido, a função prática das *presunções* é precisamente a de atuar na distribuição do aludido encargo e, nessa medida, de facilitar a prova – facilitação que só se pode entender mais adequadamente quando se encara o fenômeno sob o ângulo das partes, e não apenas do juiz” (YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 66-67).

¹⁰³ “Nessas duas hipóteses a produção antecipada de provas tem assento em *um direito subjetivo material ao conhecimento da prova*, tradicionalmente conceituado como ‘direito a desvendar a coisa do segredo em que se encontra, para que possa o sujeito ter o contato físico, direto, visual sobre ela’ (Humberto Theodoro Júnior). E, como está nesses dois incisos do art. 381, a produção antecipada da prova poderá ter a utilidade de, mediante a oferta do conhecimento desta, orientar o sujeito quanto a atitudes ou providências a serem tomadas ou não, negócios a celebrar ou não, demandas a mover ou não, tudo dependendo do conteúdo da prova que vier a conhecer. Essa utilidade não guarda relação alguma com o tempo ou seu decurso, nem têm as antecipações da prova, nesses casos, qualquer natureza cautelar. Quanto a elas não se cogita do *periculum in mora* indispensável às tutelas de urgência” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume III. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 113).

de prova autônoma independentemente de urgência; essa ideia reforça a concepção de que as partes são destinatárias das provas, já que elas podem dispor dos resultados obtidos.

Por essas razões apontadas, vale destacar que uma das premissas deste trabalho é exatamente o abandono da expressão *demanda principal* para denominar a eventual e futura demanda que venha a discutir a relação jurídica de direito material após a produção antecipada de provas. Como se verificará, muitas das novas disposições do Código de Processo Civil de 2015 tem como premissa a desvinculação da produção antecipada de provas do antes denominado *processo principal* no Código de Processo Civil de 1973.

Com essas primeiras premissas, no capítulo seguinte, passa-se à análise da produção antecipada de provas, inicialmente com uma análise retrospectiva e comparativa, para se chegar às hipóteses nas quais a demanda pode se fundamentar.

2 A EVOLUÇÃO DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS ATÉ AS HIPÓTESES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Após a apresentação das premissas gerais relacionadas ao direito probatório, tratar-se-á especificamente da produção antecipada de provas. A partir da evolução e aperfeiçoamento da legislação processual, serão analisados o estágio atual e a utilização do instituto, de modo a verificar a sua contribuição para a efetividade do processo.

As transformações da produção antecipada de provas foram relevantes e fundamentais para legitimar ou questionar o que hoje está vigente no Código de Processo Civil de 2015, inclusive para verificar as tendências e suscitar eventuais mudanças do que está posto. O objetivo dessa análise é ressaltar pontos importantes do que foi alterado na legislação processual, bem como discutir outras questões que possam ser aprimoradas, notadamente com o foco de estudar os impactos no campo prático.

Neste capítulo, então, pretende-se analisar a produção antecipada de provas do Código de Processo Civil brasileiro, que até então era vinculada a uma *demanda principal* e fundada exclusivamente na urgência, assim como de outros sistemas jurídicos.

A principal e mais relevante alteração concebida pelo Código de Processo Civil de 2015 em relação ao tema foi, sem qualquer dúvida, a positivação da autonomia do direito à prova e a desnecessidade de urgência para viabilizar a produção antecipada de provas, o que refletiu a evolução do pensamento da doutrina e da jurisprudência ao longo dos anos.

As hipóteses de cabimento da produção antecipada de provas serão estudadas, de sorte a se avaliar peculiaridades da legislação processual civil brasileira com relação ao tema, bem como a se verificar quais os instrumentos similares em outros sistemas jurídicos, a fim de realizar comparações e indagações para contribuir com o desenvolvimento do tema. Essa análise tem por desígnio a identificação das premissas basilares e fundamentais da produção antecipada de provas, o que possibilitará a análise dos seus desdobramentos.

Assim, serão analisadas inicialmente as considerações históricas sobre a produção antecipada de provas, que não é uma completa novidade nos sistemas jurídicos, e vem evoluindo ao longo do tempo até o seu estágio atual objeto deste trabalho.

2.1 ANÁLISE INICIAL: CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS ACERCA DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

A origem histórica do instituto da produção antecipada de provas pode ser referendada mais remotamente ao direito romano e ao direito canônico.¹⁰⁴

Sem qualquer pretensão de realizar um estudo propriamente histórico sobre as origens mais antigas do instituto, é possível afirmar que a produção antecipada de provas sempre foi comumente relacionada à urgência da prova testemunhal e da prova pericial. Em relação às testemunhas, havia o receio de que as pessoas morressem ou, por uma situação temporária, não tivessem condições de prestar depoimentos; quanto à prova pericial, vislumbrava-se a urgência para a conservação da situação fática que facilmente poderia se perder com a simples passagem do tempo e consequente modificação dos fatos.¹⁰⁵

A produção antecipada de provas passou por transformações. Por se tratar de um tema probatório, não há como não ser um tema vivo, sujeito a modificações decorrentes da própria evolução da sociedade e do desenvolvimento do sistema jurídico. Efetivamente, qualquer pretensão de direito material tem sua base em fatos, o que desemboca na necessidade de demonstração para que seja possível chegar a uma decisão sobre o conflito.

Na história da legislação brasileira, não é recente o reconhecimento da possibilidade e importância de que sejam produzidas provas antecipadamente.

¹⁰⁴ Em breve análise histórica sobre a produção antecipada de provas, José de Moura Rocha afirma que “Assim, pela Lei 40, D., Ad leg. Aquil. Liv. IX, Tít. II, alguma pessoa, titular de crédito condicional, vendo destruído seu título e temendo que as testemunhas necessárias ao estabelecimento de seu direito não estivessem a sua disposição no momento de cumprir-se a condição, tinha-lhe concedida a faculdade de ouvi-los, de logo, ante o iudex e de obter em seguida, se fosse o caso, uma condenação condicional contra seu devedor eventual”. Já com referência ao direito canônico, José de Moura Rocha sustentou que “A instituição alcançou o Direito Canônico. Decretal de Inocêncio III estabeleceu o princípio e outra Decretal de Clemente III consagraria a sua aplicação em caso especial. E não são poucos os que apontam a origem do instituto sendo encontrada no direito canônico tendo como fonte o Capítulo XLI, Decret. De testibus et attest” (ROCHA, José de Moura. Produção antecipada de provas. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, v. 20, p. 57).

¹⁰⁵ Sobre essas hipóteses tradicionais, ao tratar de referências históricas do tema, José de Moura Rocha afirmou que “Estando preceituada em lei a produção antecipada de prova, para a sua realização se faz mister a existência de fundado receio de vir a faltar um ou mais testemunhos, por exemplo, necessários a fazer valer um direito. Como lembramos anteriormente tal pode ocorrer tanto em virtude da idade quanto em virtude de moléstia grave a que se pode acrescentar o fato de testemunha que pretende ausentar-se do país para se estabelecer no estrangeiro, para sempre ou por muito tempo. Há se atentar sempre, para o perigo de se perder a prova. Idêntico raciocínio existirá com referência ao depoimento pessoal e, guardando as peculiaridades, à prova pericial” (ROCHA, José de Moura. Produção antecipada de provas. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, v. 20, p. 58)

No Decreto nº 737 de 25 de novembro de 1850, que tratava do processo comercial, havia uma disposição expressa sobre a possibilidade de produção antecipada de prova testemunhal diante da ausência de uma pessoa, da idade avançada, do estado de saúde frágil, ou do receio que, ao tempo da necessidade da prova, não fosse mais possível obtê-la.¹⁰⁶

Posteriormente, com a unificação do direito processual civil brasileiro, o artigo 250 do Código de Processo Civil de 1939 passou a prever que “Si qualquer testemunha tiver de ausentar-se, ou si, por motivo de idade ou moléstia grave, fôr de receiar 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 (48) horas seguintes, para dele servir-se como e quando entender”.¹⁰⁷

A partir da leitura do artigo 250, observa-se a antecipação da oitiva da testemunha com o objetivo claro de assegurar a realização dessa prova. É interessante verificar que a primeira ideia de antecipação de prova vem de uma situação comum e simples, que foge da produção de provas na fase instrutória do processo de conhecimento que discute a relação jurídica de direito material conflituosa. É propriamente uma necessidade de antecipação da prova em razão de uma situação de saúde, que pode, de fato, implicar a perda de um direito futuro caso a prova não seja produzida em um momento específico.

Ovídio A. Batista da Silva afirmou que havia divergência de interpretação no que se refere ao alcance dessa previsão em razão das características da produção antecipada de provas. Isso porque o artigo 250 se relacionava apenas com a antecipação da prova em uma demanda em andamento, tanto é assim que “o juiz preside a audiência de inquirição e ouve a testemunha como se estivesse a presidir a própria audiência de instrução e julgamento, no feito”.¹⁰⁸ Ou seja, a antecipação de provas na vigência do Código de Processo Civil de 1939 não era em outro processo, mas apenas em um momento anterior àquele no qual a prova seria produzida normalmente. De qualquer forma, a necessidade de urgência já se verificava.

¹⁰⁶ O artigo 178 do Decreto nº 737 de 25 de novembro de 1850 dispunha que “Si alguma testemunha houver de ausentar-se, ou por sua avançada idade ou estado valetudinario houver receio de que ao tempo da prova já não exista, poderá, citada a parte, requerida a requerimento dos interessados, aos quaes será entregue o depoimento para delle se servirem quando e como lhe convier” (BRASIL. **Decreto nº 737 de 25 de novembro de 1850**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm>. Acesso em: 11 out. 2019).

¹⁰⁷ BRASIL. **Código de Processo Civil de 1939**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/De11608.htm>. Acesso em: 02 dez. 2019.

¹⁰⁸ SILVA, Ovídio A. Batista da. **As ações cautelares e o novo processo civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974, p. 148.

Observa-se que a testemunha poderia ser ouvida antecipadamente nas hipóteses em que houvesse o receio de que essa prova fosse perdida. Não se verifica a autonomia da prova ou mesmo o interesse indistinto das partes na sua obtenção, haja vista que a intenção era simplesmente evitar que a prova exclusivamente testemunhal não fosse produzida em razão da impossibilidade da futura testemunha, a despeito de a prova se prestar a demonstrar fatos.

Assim, diante da previsão legislativa da produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 1939, era imprescindível a demonstração do fundado receio de que não fosse possível a realização de um ou mais testemunhos, os quais seriam necessários à demonstração do direito da parte requerente da prova.

Ademais, como visto, a previsão inicial era somente de produção da prova testemunhal. Neste ponto, muito embora o artigo 250 do Código de Processo Civil de 1939 se referisse apenas à inquirição de testemunhas, a despeito de haver críticas,¹⁰⁹ Pontes de Miranda esclareceu que seria possível a produção antecipada de depoimento pessoal à luz dos mesmos requisitos, isto em razão do que dispunha o artigo 229, §1º, do Código de Processo Civil de 1939.¹¹⁰ Em suas palavras, “Quem pede depoimento de parte também inquire; não inquire só aquele que pede depoimento de testemunha”.¹¹¹

Por outro lado, Pontes de Miranda ressalta que no Código de Processo Civil de 1939 não se admitia a produção antecipada de prova pericial ao afirmar que “O Código de 1939 somente cogitava, aqui, da ação de asseguaração da *inspectio* – ocular, auditiva, ou qualquer outra. Não da produção da prova pericial ainda objetiva ou subjetivamente emergencial”.¹¹²

¹⁰⁹ “No Código anterior, havia produção antecipada de provas, conforme o art. 250 e como conteúdo de ação assecurativa. Muitos comentários criticam essa duplicidade de tratamento. Mas há, nessa restrição, o engano de equiparar a antecipação *incidental* de depoimento, que não tem qualquer conteúdo de preventividade, com a ação de asseguaração de prova testemunhal. O art. 250 pressupunha demanda em desenvolvimento em que houvesse testemunha a ausentar-se ou se, por motivo de idade ou grave moléstia se receasse a impossibilidade de produção da prova, no momento normal” (SILVA, Ovídio A. Batista da. **As ações cautelares e o novo processo civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974, p. 148).

¹¹⁰ “Art. 229. O depoimento da parte será sempre determinado com a cominação de confessa. §1º. A parte será inquirida na forma prescrita para a inquirição das testemunhas”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/De11608.htm>. Acesso em: 02 dez. 2019.

¹¹¹ “Ponto delicado em direito processual, de *iure condendo*, é o da permissão da ação de depoimento pessoal de outrem, fundada na pretensão a que a outra parte deponha. Alguns entendem (Rudolf Pollak, *System*, 45) que só se atende a essa pretensão *pendente a lide* (tal como o obsoleto art. 18 do Código Comercial, a respeito da exibição integral de livros); de modo que não existiria *ação de segurança da prova pelo depoimento da parte*. Não víamos no Código de 1939 (*Comentários*, Tomo VIII, 2ª ed., 370) apoio a tal tese. Ao contrário disso, o art. 229, §1º do Código de 1939, procedia a certa equiparação da inquirição da parte à inquirição de testemunhas (art. 250) e o art. 676, VI, não as distinguia (inquirições *ad perpetuam memoriam*)” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo XII: arts. 796-889. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1976, p. 256).

¹¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo XII: arts. 796-889. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1976, p. 259.

Contudo, considerado o entendimento que justificava a realização antecipada da prova testemunhal, entende-se que seria possível cogitar, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1939, que, diante do risco de se perder a prova e a despeito da referência apenas à prova testemunhal, “idêntico raciocínio existirá com referência ao depoimento pessoal e, guardando as peculiaridades, à prova pericial”.¹¹³

É notório que as hipóteses que justificavam a produção antecipada de provas nos moldes até então previstos no sistema jurídico brasileiro eram muito restritas.

De qualquer forma, o principal requisito para a realização da prova poderia ser resumido na urgência no tocante à necessidade de conservação da prova. A ampliação das espécies probatórias mesmo nos casos de urgência foi aumentando ao longo do tempo, o que não retira a inegável importância do reconhecimento da antecipação da realização da prova testemunhal no Código de Processo Civil de 1939, haja vista a contribuição para a estruturação inicial e evolução do tema até o estágio atual.

No diploma processual seguinte, a produção antecipada de provas passou a ter destaque com a inclusão da Seção VI no Capítulo II, que tratava dos procedimentos cautelares específicos. Vale dizer que a produção antecipada de provas no Código de Processo Civil de 1973 consolidou o requisito da urgência e permitiu a realização da prova em um processo distinto e antecedente, embora vinculada ao *processo principal*.

Como será exposto nos tópicos seguintes, foi do Código de Processo Civil de 1973 para o Código de Processo Civil de 2015 que o tema foi aprofundado e, por conseguinte, teve as alterações mais relevantes para o que se pretende analisar neste trabalho.

2.2 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E A CONSERVAÇÃO DA PROVA (PERICULUM IN MORA)

O Código de Processo Civil de 1973 conferiu uma Seção específica para a produção antecipada de provas com a inclusão dos artigos 846 a 854. Com essa disposição, em linhas gerais, o procedimento se dava tão somente se o interessado na produção da prova demonstrasse a existência do justo receio de que, no momento inicialmente previsto e

¹¹³ ROCHA, José de Moura. Produção antecipada de provas. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, v. 20, p. 58.

adequado para a sua realização (fase instrutória da *demanda principal* já proposta), a prova não mais existisse ou, ainda, que fosse muito difícil ou impossível a sua produção posterior.

A nomenclatura *Da produção antecipada de provas* referida na Seção VI do Código de Processo Civil de 1973¹¹⁴ era criticada pela doutrina. O argumento era o de que, se a pretensão que fundamentava essa demanda era apenas a assecuração da prova, não haveria efetivamente a produção de uma prova. Apesar e independentemente da clara pretensão assecuratória, o fato é que, no contexto do Código de Processo Civil de 1973, a prova era produzida e passava a ser objeto do *processo principal*.

Daniel Amorim Assumpção Neves defende esse posicionamento e afirma de forma clara que “durante o processo cautelar de ‘produção antecipada de provas’, haverá de fato a produção de provas, que somente gerarão seus efeitos – convencer o juiz da existência ou veracidade de determinado fato – no processo principal”.¹¹⁵

Ou seja, a aparente imprecisão terminológica da denominação do instituto processual não implica a distinção substancial entre produzir uma prova por meio da ação de produção antecipada de provas e produzir uma prova na fase de conhecimento do *processo principal*, pois, “em ambos os casos, a valoração somente será realizada no julgamento final do juiz no processo principal, o que torna claro que a prova objeto do processo de produção antecipada de prova é realmente produzida”.¹¹⁶ Ou seja, a prova somente será valorada no momento de julgamento dos pedidos, seja na hipótese de produção da prova incidentalmente, seja a partir da produção antecipada de provas antes da propositura da *demanda principal*.

A produção antecipada de provas, mesmo no Código de Processo Civil de 1973, ainda era restrita às hipóteses de conservação e segurança da prova e, quando preparatória,

¹¹⁴ “Seção VI. Da Produção Antecipada de Provas. Art. 846. A produção antecipada da prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial. Art. 847. Far-se-á o interrogatório da parte ou a inquirição das testemunhas antes da propositura da ação, ou na pendência desta, mas antes da audiência de instrução: I - se tiver de ausentar-se; II - se, por motivo de idade ou de moléstia grave, houver justo receio de que ao tempo da prova já não exista, ou esteja impossibilitada de depor. Art. 848. O requerente justificará sumariamente a necessidade da antecipação e mencionará com precisão os fatos sobre que há de recair a prova. Parágrafo único. Tratando-se de inquirição de testemunhas, serão intimados os interessados a comparecer à audiência em que prestará o depoimento. Art. 849. Havendo fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação, é admissível o exame pericial. Art. 850. A prova pericial realizar-se-á conforme o disposto nos arts. 420 a 439. Art. 851. Tomado o depoimento ou feito exame pericial, os autos permanecerão em cartório, sendo lícito aos interessados solicitar as certidões que quiserem” (BRASIL. **Código de Processo Civil de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869/impresao.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020).

¹¹⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 137-138.

¹¹⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 137-138.

sempre objetivava a sua garantia na *ação principal* que viria a discutir o mérito da relação de direito material. Em razão disso, para a admissibilidade da produção antecipada de provas, era exigido o requisito da urgência, e, por consequência, a tutela da produção antecipada de provas tinha natureza eminentemente cautelar.¹¹⁷

O efeito acautelatório da ação de produção antecipada de provas tinha a ver com a preservação da prova do perigo de desaparecimento em razão do decurso do tempo.¹¹⁸ Para os casos que justificavam a antecipação de provas, eram realizadas diligências que pudessem fixar situações para que pudessem servir de prova em uma demanda futura.

No que se refere aos meios de prova antecipada do Código de Processo Civil de 1973, a despeito da previsão do artigo 846 no sentido de admissão apenas das provas oral e pericial, Ovídio A. Baptista da Silva ressaltou que, se são reconhecidos como meios de prova todos aqueles aptos a demonstrar a verdade dos fatos, a restrição da ação de produção antecipada de provas exclusivamente a essas espécies probatórias não fazia sentido.¹¹⁹

Nesse momento, já se defendia que os fundamentos das hipóteses de produção antecipada de provas no Código de Processo Civil de 1973 fossem genéricas, “admitindo a prova *ad perpetuam* sempre que houvesse fundado receio de tornar-se impossível, ou dificilmente realizável a produção da prova, no momento processual normal”.¹²⁰

Com relação ao cabimento da produção antecipada de provas, Humberto Theodoro Júnior esclarece que “o *periculum in mora* corresponde, assim, à probabilidade de não ter a

¹¹⁷ Para Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, “Os casos de interrogatório das partes, de inquirição de testemunhas e exame pericial são casos típicos de *pretensão à segurança da prova*. A ação tem a finalidade de suscitar enunciados de fato (comunicações de conhecimento) sobre temas probatórios, *sem qualquer preestabelecimento da sua atendibilidade* (Rudolf Pollak, *System*, 45). Esse ponto é extremamente importante. Uma coisa é a produção; outra a *admissibilidade*; e outra a *atendibilidade da prova*. As ações do art. 846, raramente alcançam qualquer resolução judicial sobre a sua admissibilidade (à sentença, na ação principal, cabe apreciá-la), e só em casos expressamente previstos em lei chegam a algum julgamento sobre a atendibilidade das provas de que se trata” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo XII: arts. 796-889. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1976, p. 253).

¹¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: volume II. 49. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 642.

¹¹⁹ “Como se lê no art. 846, a produção antecipada de prova pode consistir em inquirição de parte, ou de testemunha, ou, finalmente, em exame pericial. Entretanto, o próprio Código, no art. 332, reconhece como meios de prova todos os que forem hábeis para provar a verdade dos fatos, ainda que não especificados no mesmo. E os meios especificados a seguir, arts. 332-443, não se limitam a depoimento de parte, prova testemunhal e perícia. A primeira questão a levantar-se, pois, é a seguinte: a ação de assecuração de provas está limitada às três espécies probatórias do art. 846, ou deve abranger todo e qualquer meio probatório idôneo e admissível ao fim a que se destina? A doutrina, também, neste particular, reclamara já o reconhecimento da legitimidade da ação cautelar de assecuração de provas sempre que se compusessem os pressupostos genéricos das ações cautelares e para quaisquer espécies de prova” (SILVA, Ovídio A. Batista da. **As ações cautelares e o novo processo civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974, p. 147).

¹²⁰ SILVA, Ovídio A. Batista da. **As ações cautelares e o novo processo civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974, p. 148.

parte condições, no momento processual adequado, de produzir a prova, porque o fato é passageiro, ou porque a coisa ou pessoa possam perecer ou desaparecer”.¹²¹ Pontes de Miranda se referia à produção antecipada de provas como um processo em que se exerce uma “pretensão à segurança da prova”.¹²² Essa característica é inerente à ação de produção antecipada de provas do Código de Processo Civil de 1973, pois a qualidade assecuratória não lhe foi retirada em nenhum outro dispositivo processual.

A despeito da afirmação de Pontes de Miranda de que a produção antecipada de provas é demanda preventiva e cautelar, vale destacar que, de certa forma, ele reconhecia a autonomia da pretensão probatória ao afirmar que “As ações de produção antecipada de prova fundam-se em *pretensões à produção e assunção da prova*, que se separam das respectivas pretensões à cognição e à execução, embora provisionalmente”.¹²³

Essa é uma afirmação importante para constatar a evolução da produção antecipada de provas. Isso porque se começou a entender pela autonomia desta demanda.

É interessante destacar que a legislação espanhola também faz referência à produção antecipada de provas com fundamento na urgência (“*De la anticipación y el aseguramiento de la prueba*”). A Seção 4ª da *Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil* dispõe especificamente tanto sobre a antecipação da prova, como sobre a asseguaração da prova.¹²⁴ Vale destacar que não havia essa distinção no Código de Processo Civil de 1973. Para Luis-Ramon Llorente Cabrelles, as medidas de antecipação da prova e de asseguaração da prova na legislação espanhola objetivam garantir que as provas relacionadas ao mérito do conflito sejam produzidas independentemente dos efeitos relacionados ao tempo.¹²⁵

¹²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: volume II. 49. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 643.

¹²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo XII: arts. 796-889. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1976, p. 253.

¹²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo XII: arts. 796-889. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1976, p. 255.

¹²⁴ ESPANHA. **Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>>. Acesso em: 05 maio 2019.

¹²⁵ “Las medidas de anticipación y aseguramiento de prueba tienen como finalidad adelantar o garantizar incluso antes del inicio del procedimiento aquella prueba relativa al fondo del asunto que corre el riesgo de no poder practicarse si se sujeta a las ordinarias disposiciones temporales. Las diligencias preliminares no son una prueba anticipada, lo que hacen o para lo que sirven es para favorecer el cumplimiento de los presupuestos procesales, para que el proceso quede debidamente instaurado. No obstante, puede ocurrir que las diligencias preliminares, como bien se dice en la doctrina, pueden servir como medio para la obtención de alguna fuente de prueba o para la preconstitución de alguna; pero ello siempre como segunda finalidad respecto de lo primero que es la averiguación de la legitimación. Así mismo, la diligencia preliminar, a diferencia de la prueba anticipada, nunca consiste en la práctica misma de la prueba” (CABRELLES, Luis-Ramón Llorente. **Las diligencias preliminares en el proceso civil**. 2014. 482 f. Tese (Doutorado) – Universidade de Valência, Espanha, p. 34).

O artigo 293 da *Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil* dispõe que, antes da propositura da uma demanda ou mesmo incidentalmente, as partes podem requerer a prática antecipada de algum ato probatório, os quais seriam realizados na fase probatória da *demand principal*. Ou seja, a antecipação da prova prevista na legislação espanhola é similar à do Código de Processo Civil de 1973; ela se fundamenta na urgência e no risco de perecimento da prova.¹²⁶ Com relação à asseguaração da prova, trata-se de providência anterior à propositura da demanda destinada à discussão da relação jurídica de direito material, que tem o claro objetivo de preservar situações que podem ser utilizadas como prova no futuro.¹²⁷

No Código de Processo Civil português de 2013, a produção de provas manteve o caráter estritamente cautelar já previsto no diploma processual de 1961. No artigo 419, consta que se houver justo receio de que seja impossível ou muito difícil a tomada do depoimento de pessoas ou a constatação de fatos por perícia ou inspeção judicial, esses

¹²⁶ “Artículo 293. Casos y causas de anticipación de la prueba. Competencia. 1. Previamente a la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo, o cualquiera de las partes durante el curso del mismo, podrá solicitar del tribunal la práctica anticipada de algún acto de prueba, cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto. 2. La petición de actuaciones anticipadas de prueba, que se formule antes de la iniciación del proceso, se dirigirá al tribunal que se considere competente para el asunto principal. Este tribunal vigilará de oficio su jurisdicción y competencia objetiva, así como la territorial que se fundase en normas imperativas, sin que sea admisible la declinatoria. Iniciado el proceso, la petición de prueba anticipada se dirigirá al tribunal que esté conociendo del asunto” (ESPAÑA. **Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>>. Acesso em: 05 maio 2019).

¹²⁷ “Artículo 297. Medidas de aseguramiento de la prueba. 1. Antes de la iniciación de cualquier proceso, el que pretenda incoarlo o cualquiera de los litigantes durante el curso del mismo, podrá pedir del tribunal la adopción, mediante providencia, de medidas de aseguramiento útiles para evitar que, por conductas humanas o acontecimientos naturales, que puedan destruir o alterar objetos materiales o estados de cosas, resulte imposible en su momento practicar una prueba relevante o incluso carezca de sentido proponerla. 2. Las medidas consistirán en las disposiciones que, a juicio del tribunal, permitan conservar cosas o situaciones o hacer constar fehacientemente su realidad y características. Para los fines de aseguramiento de la prueba, podrán también dirigirse mandatos de hacer o no hacer, bajo apercibimiento de proceder, en caso de infringirlos, por desobediencia a la autoridad. En los casos de infracción de los derechos de propiedad industrial y de propiedad intelectual, una vez el solicitante de las medidas haya presentado aquellas pruebas de la infracción razonablemente disponibles, tales medidas podrán consistir en especial en la descripción detallada, con o sin toma de muestras, o la incautación efectiva de las mercancías y objetos litigiosos, así como de los materiales e instrumentos utilizados en la producción o la distribución de estas mercancías y de los documentos relacionados con ellas. 3. En cuanto a la jurisdicción y a la competencia para el aseguramiento de la prueba, se estará a lo dispuesto sobre prueba anticipada. 4. Cuando las medidas de aseguramiento de la prueba se hubiesen acordado antes del inicio del proceso, quedarán sin efecto si el solicitante no presenta su demanda en el plazo de veinte días siguientes a la fecha de la efectiva adopción de las medidas de aseguramiento acordadas. El tribunal, de oficio, acordará mediante auto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenará al solicitante en las costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas” (ESPAÑA. **Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>>. Acesso em: 05 maio 2019).

procedimentos podem ser realizados antes da propositura da demanda ou incidentalmente antes da fase probatória no processo.¹²⁸

Portanto, em sintonia com algumas legislações estrangeiras, a ideia até então prevista pelo Código de Processo Civil brasileiro de 1973 era a de que não havia produção antecipada de provas sem que houvesse a necessidade de demonstração da urgência. Nesse sentido, à luz do Código de Processo Civil de 1973, Daniel Amorim Assumpção Neves explica que as ações probatórias de antecipação da prova tinham natureza cautelar, não sendo admitida a demanda na qual não estivesse presente o *periculum in mora*.¹²⁹

Verifica-se que a produção antecipada de provas era restrita às hipóteses de urgência e de conservação da prova, com o futuro objetivo de que essa prova fosse utilizada no *processo principal* a ser proposto pela parte interessada.¹³⁰ A vinculação entre o processo que visava a produção antecipada de provas e o processo que se destinava a discutir o conflito de direito material existente entre as partes era intrínseca, de modo que não havia espaço para o direito autônomo à prova e suas decorrências.¹³¹

¹²⁸ “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. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=&nid=1959&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo>. Acesso em: 30 dez. 2019).

¹²⁹ “Em virtude do entendimento, já defendido, de que o *periculum in mora* nas ações probatórias deve referir-se ao resultado do processo, não ao perigo da prova, não se concorda com o entendimento da doutrina majoritária de que existem produções de prova antecipada que não têm natureza cautelar, o que não é suficiente à diferenciação comumente feita entre produções antecipadas cautelares e satisfativas. Conforme já se teve a oportunidade de demonstrar, todas as cautelares probatórias previstas pelo Código de Processo Civil têm, efetivamente, natureza cautelar, em razão do conceito defendido para o requisito o *periculum in mora*” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 142-143).

¹³⁰ “Dessa forma, restringia-se a antecipação da prova às hipóteses de conservação da prova que está sujeita ao perecimento pelo decurso do tempo, sempre tendo em vista o resguardo da utilidade do resultado do processo principal (caráter instrumental); jamais a mera produção da prova que se esgota em si mesma, desvinculada de um processo em que se discute (ou se discutirá) o direito material. Partindo-se desta premissa, a ação autônoma de produção antecipada da prova teria natureza exclusivamente cautelar” (CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix. A produção antecipada de prova e o novo CPC. **Direito Probatório**. Coordenadores: Fredie Didier Jr., Marco Félix Jobim e William Santos Ferreira. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 549).

¹³¹ Vale destacar que a *discovery* norte-americana também sempre utilizou a produção antecipada de provas com a finalidade de urgência. “Preservation as well as discovery of testimony is one of the important functions of pre-trial procedure. It is important that the lawyer have at his disposal adequate means of providing for the contingency of the death or removal of necessary witnesses, since cases are not reached for trial until months and sometimes years after the occurrence of the transactions in question. This is especially true in the large cities where there is a shifting population and where court calendars are so crowded that there are unusual delays in reaching trial. The law has always recognized the need but the machinery which it has provided to supply it too frequently has been cumbersome and inadequate” (RAGLAND JR., George. **Discovery before Trial**. Chicago: Callaghan and Company, 1932, p. 19).

A produção antecipada de provas sempre esteve ligada à ideia de urgência e ao caráter acautelatório para assegurar o resultado útil do *processo principal*. Como se verifica, a produção antecipada de provas até então era muito restrita e limitada. As limitações eram principalmente a necessidade de verificação da urgência e a limitação do âmbito de incidência. Isso significa que era possível a propositura de demanda específica para a produção da prova no intuito de resguardar uma situação futura concreta, bem como o resultado útil de determinado provimento jurisdicional.

A despeito disso, como será demonstrado ao longo do desenvolvimento do trabalho, mesmo na vigência do Código de Processo Civil de 1973 já era defendida a hipótese de produção antecipada de provas sem que fosse necessária a verificação do requisito da urgência.¹³² Essa ideia decorre da autonomia do direito à prova, que ao longo do tempo foi se desenvolvendo e se fortalecendo na doutrina e na jurisprudência brasileiras.

2.3 A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

A produção antecipada de provas é um dos temas mais relevantes e que passou por mudanças em comparação ao Código de Processo Civil de 1973. A despeito das discussões a respeito da necessidade de elaboração de um novo diploma processual, é reconhecido que as alterações verificadas na produção antecipada de provas não foram uma simples atualização da interpretação a respeito do assunto, que necessitava do reconhecimento de premissas que já eram aceitas pela doutrina e pela jurisprudência.

Por outro lado, eram raras e não reconhecidas de forma pacífica as hipóteses de produção antecipada de prova sem o requisito da urgência. Tratava-se exclusivamente das hipóteses de exibição de documentos, justificação e a investigação realizada pelo Ministério

¹³² “A visão que parece mais apropriada, entretanto, é no sentido de que ambas as medidas – produção antecipada de provas e justificação – não são propriamente cautelares e não pressupõem, necessariamente, a demonstração do perigo da demora (urgência) para serem admissíveis. São, pois, satisfativas do chamado direito autônomo à prova, direito este que se realiza com a coleta da prova em típico procedimento de jurisdição voluntária. Essa conclusão serve mesmo para quem defenda que, ao menos na produção antecipada de prova, o perigo é pressuposto – o fato de pressupor perigo não é suficiente para tornar o direito afirmado um direito à cautela” (DIDIER Jr., Fredie. *Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, v. 218, p. 16).

Público no âmbito do inquérito civil, que tem utilização específica.¹³³ De fato, inexistia um instrumento tão amplo para a verificação e esclarecimento de fatos como a produção antecipada de provas atualmente prevista no Código de Processo Civil de 2015.

A análise das inovações e modificações realizadas pelo legislador demonstra que a produção antecipada de provas ocupou uma posição importante no sistema processual civil brasileiro. Vale dizer que ela deixou o Capítulo atinente aos procedimentos cautelares específicos do Código de Processo Civil de 1973, e passou a ocupar a Seção II (“Da Produção Antecipada da Prova”) do Capítulo XII do Código de Processo Civil de 2015.

Para além da localização topográfica da produção antecipada de provas no Código de Processo Civil de 2015, os reflexos foram inúmeros e muito relevantes tanto do ponto de vista teórico, como também do ponto de vista da prática, o que inclusive gera as discussões que serão apresentadas ao longo deste trabalho.

Com o objetivo de acelerar e simplificar o processo civil, o legislador previu alguns mecanismos para conceder maior efetividade à tutela jurisdicional, dentre eles a produção antecipada de provas.¹³⁴ Vale antecipar que a diversificação e a premissa de simplificação procedimental constatada no Código de Processo Civil de 2015 demonstram a busca por instrumentos capazes de reduzir a quantidade de processos que asoberba os fóruns e tribunais, que é uma das facetas da efetividade do processo. Trata-se de uma solução apresentada em razão do anterior incentivo ao acesso brando ao Poder Judiciário, que culminou na quantidade excessiva de processos, considerada a facilidade de deduzir os argumentos em juízo, ou seja, dada a ausência de requisitos rígidos para o acesso à justiça, o que será pontuado mais especificamente neste trabalho.

¹³³ “A rigor, o sistema precedente já conhecia medidas probatórias com tal natureza. Além da *exibição de documentos* e da *justificação*, o poder de investigação conferido ao Ministério Público, conquanto no âmbito do inquérito civil, configurava prerrogativa de investigar – e, portanto, de produzir prova – desvinculada do perigo; embora sempre sujeito ao controle jurisdicional” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Da Produção Antecipada da Prova. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coordenadores: Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.027).

¹³⁴ “De ahí el denodado empeño por encontrar nuevos o reformados procedimientos, instituciones y técnicas procesales que permitan simplificar y acelerar los desarrollos litigiosos, sin menoscabo del principio básico del contradictorio. Arribar a la decisión en tiempo razonable implica el apetecido resultado útil de la jurisdicción”. Em tradução livre, a busca por procedimentos, instituições e técnicas processuais que permitam simplificar e acelerar o desenvolvimento dos litígios sem prejuízo do princípio básico do contraditório é ousada, porém necessária. De todo modo, alcançar uma decisão em prazo razoável implica o resultado útil desejado da jurisdição” (BERIZONCE, Roberto Omar. *Procedimientos preliminares y prueba anticipada como instrumentos para la decisión temprana de los conflictos. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2016, n. 44, p. 21).

Assim, a ideia de produção antecipada de provas prevista no Código de Processo Civil de 2015 consiste na sua utilização como mecanismo de solução justa de conflitos em harmonia com os princípios constitucionais que orientam a jurisdição.¹³⁵

2.3.1 Panorama geral da produção antecipada de provas sem o requisito da urgência e as referências encontradas nos sistemas jurídicos de outros países

O Código de Processo Civil brasileiro de 2015 reconheceu a produção antecipada de provas sem o requisito da urgência. Como já introduzido no tópico 2.1, esse entendimento foi amadurecendo desde as legislações processuais anteriores, quando as hipóteses que prescindiam do requisito da urgência ainda não haviam sido positivadas.

Em estudo pioneiro sobre o tema, Flávio Luiz Yarshell, ao considerar a produção antecipada de provas como direito autônomo e ao dissociá-la do requisito da urgência, concluiu que “Todos, enfim, têm o direito de demandar a antecipação da prova, ainda que não haja perigo”.¹³⁶ Em sua visão, com a qual se concorda integralmente e foi acolhida pelo Código de Processo Civil de 2015, a questão relativa ao direito à prova deve ser analisada à luz do direito de ação e da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Também na legislação anterior de 1973, o Superior Tribunal de Justiça¹³⁷ demonstrou a necessidade de se interpretar o requisito da urgência para a produção antecipada de provas,

¹³⁵ BERIZONCE, Roberto Omar. Procedimientos preliminares y prueba anticipada como instrumentos para la decisión temprana de los conflictos. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2016, n. 44, p. 21-22.

¹³⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 320.

¹³⁷ “Processo Civil. Medida cautelar. Produção antecipada de prova. Interesse processual. *Periculum in mora*. Matéria de prova. I - A regra do artigo 849 do Código de Processo Civil deve ser interpretada de modo a não restringir os efeitos benéficos que a asseguarção da prova pode trazer ao bom andamento do processo, aliás, a grande finalidade das medidas cautelares. II - Alicerçado nos princípios doutrinários que regem o processo cautelar em geral e a medida de produção antecipada de prova em particular, a câmara julgadora a quo, sopesando as circunstâncias fáticas dos autos, entendeu presentes os pressupostos à sua concessão: a necessidade de segurança da prova e o interesse processual. Rever a conclusão adotada, para chegar a entendimento contrário, demandaria o revolvimento de matéria probatória, inviável na via estreita do recurso especial, a teor do enunciado n.º 7 da Súmula desta Corte. Com ressalvas quanto à terminologia, recursos não conhecidos. (...). Asseveram os recorrentes que a cautelar não pode ser usada para perquirir a existência de um direito. Isso também não afirmou o acórdão recorrido. No entanto, assegurou o decisum que o interesse público impunha a produção antecipada da prova pleiteada, pois, vislumbrou evidente o risco de não ser possível sua realização em momento futuro. Essa, a meu sentir, a maior justificativa para o deferimento do pedido. Como cediço, a regra do artigo 849 do Código de Processo Civil deve ser interpretada de modo a não restringir os efeitos benéficos que a asseguarção da prova pode trazer ao bom andamento do processo, aliás, a grande finalidade das medidas cautelares” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 31.219/SP**. Relator: Ministro Castro Filho. Terceira Turma. Julgado em 23/04/2002. DJ 03/06/2002, p. 200).

na medida em que “esse pressuposto há de ser visto e entendido *cum grano salis*, em ordem a não tolher o exercício da ação a quem pretende, sem a rígida observância ao texto normativo, prevenir-se contra situações adversas que, por acaso, possam surgir”.¹³⁸

Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara afirmou, antes do Código de Processo Civil de 2015, que, pelo direito autônomo à prova, “modernamente, deve-se também admitir a instauração do processo de produção antecipada de provas sem natureza cautelar, independentemente de *periculum in mora*”.¹³⁹ Ou seja, por razões de direito material, é possível produzir a prova antecipadamente, ainda que não haja a urgência, o que foi reconhecido pela legislação com a vigência do atual Código de Processo Civil.

Assim, consolidou-se que a produção antecipada de provas é aquela pela qual se materializa o direito à produção de uma prova e se requer que essa prova seja produzida fora do momento próprio padrão em que ela seria produzida (fase instrutória do processo de conhecimento), inclusive em processo próprio com a finalidade apenas investigativa para o esclarecimento de fatos. O que importa, então, para que a produção da prova aconteça antecipadamente, é que haja interesse jurídico que justifique a sua realização.

Fredie Didier Jr. sintetiza que a produção antecipada de provas é uma demanda que se encerra na produção da prova, de modo que não se concebe que haja o reconhecimento dos fatos pelo juiz ou a certificação de situações jurídicas relacionadas a esses fatos.¹⁴⁰

Nessa linha, o objetivo do requerente é tão somente a decisão que ateste a produção da prova de forma regular.¹⁴¹ Vale dizer que a prova deve ter sido produzida à luz dos princípios processuais, como forma de resguardar a sua validade para uma possível utilização em processo futuro voltado à discussão do direito material, pois a valoração da prova e a identificação do direito material atinente à situação jurídica em questão não será realizada na produção antecipada de provas, e sim eventual e futuramente.

Efetivamente, com a positivação da produção antecipada de provas sem o requisito da urgência nos artigos 381 e seguintes, o Código de Processo Civil de 2015 consagrou, no

¹³⁸ “Medida cautelar. Produção antecipada de exame pericial. A regra do art. 849 do Código de Processo Civil deve ser interpretada *cum grano salis*, em ordem a não tolher o exercício da ação cautelar a quem pretende, sem a rígida observância do texto, prevenir-se contra situações adversas que por acaso possam surgir. Recurso especial não conhecido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 50.492/SP**. Relator: Ministro Antônio Torreão Braz. Quarta Turma. Julgado em 10/04/1995. DJ 15/05/1995, p. 13408).

¹³⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 204.

¹⁴⁰ DIDIER JR., Fredie. Produção antecipada da prova. **Direito probatório**. Coordenadores: Fredie Didier Jr., Marco Félix Jobim e William Santos Ferreira. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 586.

¹⁴¹ DIDIER JR., Fredie. Produção antecipada da prova. **Direito probatório**. Coordenadores: Fredie Didier Jr., Marco Félix Jobim e William Santos Ferreira. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 586.

direito positivo pátrio, o direito autônomo à prova e não necessariamente conectado ao *periculum in mora*, ou seja, desvinculado do requisito da urgência.¹⁴²

O legislador positivou o direito autônomo à prova e o instrumento pelo qual ele é exercido independe da relação de direito material. Eduardo Talamini afirma que as partes têm “em relação às provas, não apenas uma faculdade estritamente instrumental e interna ao processo, atinente ao exercício da ação de defesa”,¹⁴³ mas também o “direito à produção ou à aferição da veracidade da prova, antes e independentemente do processo”.¹⁴⁴ José Miguel Garcia Medina aponta que “a ‘necessidade de antecipação’ referida no art. 382 diz respeito não à realização futura de algum direito material, mas sim de um direito de produzir a prova ao qual, em eventual processo vindouro, poderá corresponder um ônus probatório”.¹⁴⁵

Ademais, é possível afirmar que, além da vinculação à urgência, a produção antecipada da prova sempre esteve relacionada ao mérito de uma futura *demanda principal*.

Sem a urgência, poder-se-ia questionar, tal como ocorria até então, ou seja, formalmente antes do Código de Processo Civil de 2015, qual seria o interesse jurídico processual a justificar a demanda especificamente para a produção antecipada da prova, mas a doutrina evoluiu nesse sentido e passou a admiti-la, tanto é assim que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe disposição expressa nos artigos 381 a 383.

Em muitas oportunidades, a prova em si considerada tem um papel relevante. Isso porque a necessidade de uma decisão que tenha o condão de vincular as partes e da sua imutabilidade faz com que a prova seja objeto de um processo jurisdicional.¹⁴⁶ Ou seja, o *conflito* pode ser estabelecido por razão da própria prova e ela assume o caráter principal, e não apenas instrumental. Não se trata apenas de se admitir o direito autônomo à prova, mas sim de verificar a importância dela e conceder aos jurisdicionados a possibilidade de se

¹⁴² A partir da perspectiva indicada sobre o direito autônomo à prova, que, no Código de Processo Civil de 1939, no procedimento de justificação possibilitava-se à parte a “inquirição de testemunhas sobre os fatos alegados” (artigo 736), sem que fosse mencionado o requisito da urgência. À época, o entendimento sobre o direito autônomo à prova, a despeito dessa disposição legal expressa, não era reconhecido pela doutrina. Também é possível como citar exemplo de demanda com escopo de produção de prova sem o requisito da urgência no Código de Processo Civil de 1973 (artigo 946 e seguintes), disposição hoje constante no artigo 569 do Código de Processo Civil de 2015.

¹⁴³ TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, v. 260, p. 76.

¹⁴⁴ TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, v. 260, p. 76.

¹⁴⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 647.

¹⁴⁶ Dado que a prova pode ser, de forma autônoma, objeto de um processo jurisdicional, pela possibilidade de sua análise também na arbitragem, o que será abordado no capítulo 4, tópico 4.3.5, deste trabalho.

utilizarem dela para que possam traçar as estratégias processuais pertinentes, o que não se afasta da boa-fé e da lealdade que devem permear o ambiente processual.

Na confluência e aproveitamento de institutos,¹⁴⁷ observa-se que também há a tendência mundial a se admitir a produção antecipada da prova sem o requisito da urgência.

Os exemplos mais lembrados estão nos países de *common law*,¹⁴⁸ especialmente nos sistemas inglês e norte-americano, muito embora eles não se confundam com o sistema brasileiro, que é distinto. Apesar disso, buscou-se verificar referências em países de tradição *civil law*, e constatou-se que há alguns exemplos importantes e que podem ser comparados ao que está disposto no Código de Processo Civil brasileiro de 2015.¹⁴⁹

No sistema inglês, pode-se destacar o instituto da *disclosure* (revelação) na fase *pre-action* e na fase *pre-trial*. Conforme a regra 31.2 das *Civil Procedure Rules* de 1998,¹⁵⁰ a parte revela um documento ao declarar que esse documento existe ou existiu.¹⁵¹ Assim, a

¹⁴⁷ O estudo do direito comparado é essencial para o aprimoramento do Direito e das instituições na medida em que o fluxo de ideias e de tendências provoca paradoxos, incongruências, e até mesmo reforça os pontos positivos de cada sistema. Apesar disso, a comparação não é indistinta; deve-se levar em consideração questões, como, por exemplo, cultura, história, pessoas, estrutura organizacional e economia, de modo que seja possível realizar comparações que produzam resultados frutíferos e efetivos.

¹⁴⁸ “Levando tudo isso em conta, é fácil concluir que, na substância, o modelo típico do processo de *common law* consiste em uma fase, na qual ambas as partes, sob a ativa direção do juiz, esclarecem os termos da controvérsia, colhem mediante a *discovery* informações sobre as respectivas defesas e sobre as provas suscetíveis de ser utilizadas, valoram a oportunidade de acordo ou de renúncia a prosseguir, e transigem ou se servem de algum dos outros meios de solução rápida da controvérsia (TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, v. 110, p. 146).

¹⁴⁹ Nesse contexto, o alerta de José Carlos Barbosa Moreira é extremamente válido: “No caso de nosso país, o máximo de cuidado há de ser posto justamente na abertura das portas jurídicas aos produtos vindos dos Estados Unidos, dada a notória diferença estrutural dos dois sistemas - o brasileiro, de linhagem européia continental, com o predomínio das fontes escritas, e o norte-americano, muito mais afeiçoado à formação jurisprudencial do direito. Devo declarar com absoluta sinceridade, por exemplo, acerca da atribuição de eficácia vinculativa a precedentes judiciais, que a julgo conatural a este último sistema, enquanto me parece duvidoso, para dizer o menos, que se harmonize com aquele” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, v. 102, p. 233-234).

¹⁵⁰ “31.2. A party discloses a document by stating that the document exists or has existed” (INGLATERRA. **The Civil Procedure Rules 1998**. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukSI/1998/3132/contents/made>>. Acesso em: 1º maio 2018).

¹⁵¹ “A *disclosure na fase que antecede a ação* pode ser eficaz principalmente de dois modos: pode estimular e aumentar as chances de um acordo, auxiliando os litigantes com uma avaliação mais sólida do mérito; e pode reduzir os custos do litígio, adiantando o momento em que os litigantes focam a matéria essencialmente em discussão; em resumo, a *disclosure na fase que antecede a ação* pode reduzir a necessidade de ordens de *disclosure* pós-ação. Talvez com esses possíveis benefícios em mente, bem como a questão de promover o ‘acesso à justiça’ (sobre esta ligação, **6.14**), os ‘Princípios de Processos Cíveis Transacionais’ do American Law Institute/UNIDROIT estabeleçam que as partes em potencial, os litigantes e o tribunal devem todos gozar do devido ‘acesso a informações’” (ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Tradução: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 139).

revelação e a troca de informações são importantes instrumentos para a concretização dos escopos do processo civil inglês e podem facilitar a estruturação de acordos.¹⁵²

Nesse sistema, “seja na fase *pre-action*, seja a fase *pre-trial*, a revelação inclui, obrigatoriamente, a apresentação de informações relevantes”.¹⁵³ Trata-se de uma obrigação resultante de um dever de investigação previsto na 31.7 das *Civil Procedure Rules*.¹⁵⁴ É possível que a parte, após a comunicação de que pretende demandar judicialmente direito relacionado a outrem, não requeira documentos específicos e sim quaisquer documentos que se relacionem com a matéria objeto de futuro e eventual debate judicial.

Similar à *disclosure*, o sistema norte-americano é baseado na *discovery*. É comum que a doutrina brasileira relacione a produção antecipada de provas à *discovery*, ou mesmo defenda a adoção deste mecanismo no ordenamento jurídico brasileiro.¹⁵⁵

No entanto, embora a base principiológica seja similar, haja vista que ambos institutos objetivam a coleta de provas para as partes em momento prévio à possível demanda com o objetivo de discutir a relação jurídica de direito material para eventualmente evitar o desenvolvimento de litígios inócuos ou resolvê-los de forma adequada, eles são procedimentos bem distintos, especialmente em razão do fato de que a produção antecipada de provas não constitui uma fase *pre-trial* (extrajudicial).¹⁵⁶ Além disso, a cultura dos países

¹⁵² LAUX, Francisco de Mesquita. Relações entre a antecipação da prova sem o requisito da urgência e a construção de soluções autocompositivas. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. 242, p. 484.

¹⁵³ LAUX, Francisco de Mesquita. Relações entre a antecipação da prova sem o requisito da urgência e a construção de soluções autocompositivas. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. 242, p. 484.

¹⁵⁴ “O item (1) da *Rule* 31.7 dispõe que “When giving standard disclosure, a party is required to make a reasonable search for documents falling within rule 31.6(b) or (c)” (INGLATERRA. **The Civil Procedure Rules 1998**. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukxi/1998/3132/contents/made>>. Acesso em: 1º maio 2018). Em tradução livre, uma vez concedida a *disclosure*, a parte é obrigada a realizar uma pesquisa razoável pelos documentos indicados nas regras 31.6(b) ou 31.6(c), que são documentos relacionados ao caso, às partes ou que contenham orientações práticas relevantes.

¹⁵⁵ “O Novo Código de Processo Civil, apesar de trazer avanços, não adotou o modelo bifásico do *Discovery* norte-americano. Não prevê uma fase pré-processual voltada ao compartilhamento, pelas partes, dos elementos probatórios. Prevê, contudo, um procedimento de antecipação de prova mais amplo e não vinculado, necessariamente, ao *periculum in mora* voltado a possibilitar, também, com a participação do juiz, a produção de prova suscetível de viabilizar tentativa de autocomposição (ou de outro meio adequado de solução de conflito), bem como o prévio conhecimento dos fatos para justificar ou evitar o ajuizamento de ação (art. 381, II e III, do Novo Código de Processo Civil). Porém, para se obter resultados mais eficientes, é necessário pensar em aperfeiçoar a legislação processual brasileira para subdividir o procedimento em duas fases: a de pré-julgamento e a de julgamento” (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, 2015, v. 245, p. 436).

¹⁵⁶ “At a more fundamental level, the function of preview (*discovery*) in a jury trial system is to permit the parties and their advocates to make estimates of the kind, degree, and extent of evidence that will suffice to convince a jury without incurring undue risk of boring or confusing the jury. These estimates by the opposing

é muito distinta, inclusive com relação à observância de princípios como colaboração, lealdade e boa-fé processual e às sanções eventualmente decorrentes.

A finalidade da *discovery* é a exploração dos fatos de forma ampla antes do julgamento do litígio, e a sua amplitude é definida pela *Rule 26(b)(1)* das *Federal Rules Of Civil Procedure* de 1938.¹⁵⁷ A *discovery* abrange a utilização de diversas medidas instrutórias,¹⁵⁸ e compreende a obtenção de depoimentos, documentos e outras provas de cada parte, em momento anterior ao julgamento.¹⁵⁹ Os pedidos apresentados na fase pré-julgamento normalmente surgem do processo de *discovery* e das informações nele obtidas, e podem abordar aspectos materiais e processuais do caso concreto.

A *discovery* é um mecanismo que serve a vários propósitos, dentre eles a verificação detida dos fatos para avaliar as chances de êxito no *trial*, e, por isso, tem o condão de proporcionar a realização de bons acordos.

Nesse contexto, vale ressaltar que, no julgamento do caso *Hickman vs. Taylor*, a Suprema Corte norte-americana consignou que o conhecimento mútuo de todos os fatos relevantes reunidos pelas partes é essencial a um litígio adequado, de modo que “To that end, either party may compel the other to disgorge whatever facts he has in his possession”.¹⁶⁰ Ou seja, o conhecimento dos fatos para as partes proporcionado pela

advocates are derived with regard for counter-maneuvers and counter-estimates in the opposing camp. Pretrial discovery, therefore, is a system whose primary function is to inform the advocates, rather than informing either the judge (who ordinarily knows little or nothing of the proofs until trial commences and who will be essentially a neutral umpire come trial) or the jury (which will receive only a small refined residue of the material processed by counsel in discovery)” (HAZARD JR., Geoffrey C. **Discovery and the role of the judge in civil law jurisdictions**. Faculty Scholarship Series, 1998. p. 1021. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3332&context=fss_papers>. Acesso em: 05 dez. 2019).

¹⁵⁷ “Rule 26. Duty to Disclose; General Provisions Governing Discovery. [...]. (b) Discovery Scope and Limits. (1) *Scope in General*. 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 and proportional to the needs of the case, considering the importance of the issues at stake in the action, the amount in controversy, the parties' relative access to relevant information, the parties' resources, the importance of the discovery in resolving the issues, and whether the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit. Information within this scope of discovery need not be admissible in evidence to be discoverable” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Rules of Civil Procedure**. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/rules/frcp>>. Acesso em: 1º maio de 2018).

¹⁵⁸ LAUX, Francisco de Mesquita. Relações entre a antecipação da prova sem o requisito da urgência e a construção de soluções autocompositivas. *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. 242, p. 486.

¹⁵⁹ Destaca-se o interrogatório das partes (*Rule 33*), depoimentos orais e escritos (*Rules 30 e 31*), pedidos de produção, inspeção e cópia de documentos (*Rule 34*) e exames físicos e mentais (*Rule 35*). Há a possibilidade de se requerer o reconhecimento, pela parte contrária, de que algum ponto fático é incontroverso (*Rule 36*).

¹⁶⁰ U.S. SUPREME COURT. **Hickman vs. Taylor**, 329 U.S. 495 (1947). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/329/495/>>. Acesso em: 28 jul. 2019.

discovery, que confere a elas inúmeros meios para adquirir a prova, é fundamental para que o julgamento seja apropriado e baseado em elementos consistentes.

A despeito disso, não se pode afirmar que o Código de Processo Civil de 2015 adotou o modelo bifásico da *discovery* norte-americana, pois não foi prevista a fase pré-processual para compartilhamento dos elementos probatórios pelas partes.¹⁶¹

Os países de tradição *civil law* normalmente vinculam a produção antecipada de provas ao requisito da urgência, em especial ao caráter conservativo da prova, a exemplo da menção realizada ao Código de Processo Civil português de 2013, e essa é a principal distinção do que se encontra nos sistemas norte-americano e inglês. Em razão disso, as referências a esses mecanismos não são tão difundidas.

De fato, o modelo de produção antecipada de provas positivado no Código de Processo Civil de 2015 diferencia-se dos ordenamentos jurídicos da América Latina, pois nos diplomas processuais desses países ainda se exige o requisito da urgência para a produção da prova antecipadamente. No direito peruano, por exemplo, a prova antecipada não goza da liberdade que os demais meios probatórios têm, já que se vê limitada pela presença do requisito de urgência.¹⁶² Não é diferente o que se sucede na Argentina, onde a

¹⁶¹ Em relação a esse procedimento prévio, Eduardo Cambi e Rafael Gomiero Pitta indicam algumas vantagens de que fosse adotado o instituto da *discovery*: “a utilização de um sistema que permita a revelação prévia de fatos e de provas pode possibilitar uma mudança não apenas no quadro de sobrecarga de processos que se encontra o Judiciário brasileiro. Mais importante que isso, a adoção da *Discovery* poderia buscar alterar a cultura processual existente no Brasil, marcada pela excessiva judicialização de demandas, pelo formalismo jurídico (e processual), pelas surpresas e pela ausência de adoção do princípio da boa-fé em sentido objetivo, para melhor conduzir o comportamento ético das partes e dos advogados no processo” (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, 2015, v. 245, p. 437).

¹⁶² “La prueba anticipada no goza de la libertad que tiene todo medio probatorio dentro del procedimiento, ya que la misma se ve limitada por aspectos que tienen como característica esencial el aseguramiento de una prueba por razones, fundamentalmente, de urgencia. Estas razones están vinculadas con el riesgo que puede correr una de las partes, de un futuro procedimiento, en no poder hacer valer una prueba que, para la misma, es fundamental y puede, en su caso, obtener la resolución final buscada. Como bien se dijo existen limitaciones para la realización de dicha prueba: a- Están aquellas que se solicitan en atención a una urgencia por razones de salud, el caso del testigo gravemente enfermo, o por que la persona que debe brindar testimonio se encuentre pronto a ausentarse del país, o considerando que el procedimiento puede extenderse en el tiempo en demasía, solicitar la declaración de ese testigo de muy avanzada edad. b- También dentro de éste marco limitativo, se encuentran las que se solicitan por existir temor fundado en que esos medios probatorios pueden ser alterados, ya sea por el transcurso del tiempo o por la mano del hombre, desnaturalizando, en consecuencia, su fin para cuando se produzca la etapa probatoria dentro del procedimiento. Como se puede observar son dos las situaciones que fundamentan el pedido de una prueba anticipada, en las dos circunstancias vemos que existe el común denominador que es el aseguramiento, pero, consideramos que la primera es de naturaleza probatoria propiamente dicha y la segunda de naturaleza cautelar” (ZORZOLI, Oscar A. *Teoría general del proceso. Naturaleza procesal de las pruebas anticipadas*. Perú. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*. Lima: Pontificia Universidad Católica do Perú, 2009, v. 3, n. 1, p. 10-11).

prova pode ser produzida antecipadamente quando houver receio que resultará impossível ou muito dificultosa a sua obtenção no momento próprio (fase instrutória).¹⁶³

Contudo, especialmente em países da Europa, há exemplos importantes, sendo possível, inclusive, verificar traços similares em relação ao que há no Código de Processo Civil sobre a produção antecipada de provas.

No direito europeu, a possibilidade de produção de provas antecipadamente encontra correspondência histórica no direito romano clássico e pós-clássico, passa pela distinção entre *publicatio ad perpetuam rei memoriam* e *probatio ad futuram memoriam* no direito romano-canônico¹⁶⁴ –, por figuras como a *aprise*¹⁶⁵ e a *enquête d'examen à futur* na França.

O Código de Processo Civil italiano, que desde 2005 prevê o instituto da *consulenza tecnica preventiva*¹⁶⁶ em seu artigo 696-bis, objetiva a apuração de crédito obrigacional ou decorrente de fato ilícito pela produção de prova sem natureza cautelar.¹⁶⁷ Não se exige o

¹⁶³ “Artículo 326: PRUEBA ANTICIPADA.- *ARTICULO 326.- Los que sean o vayan a ser parte en un proceso de conocimiento y tuvieren motivos justificados para temer que la producción de sus pruebas pudiera resultar imposible o muy dificultosa en el período de prueba, podrán solicitar que se produzcan anticipadamente las siguientes: 1) Declaración de algún testigo de muy avanzada edad, o que esté gravemente enfermo o próximo a ausentarse del país. 2) Reconocimiento judicial o dictamen pericial para hacer constar la existencia de documentos, o el estado, calidad o condición de cosas o de lugares. 3) Pedido de informes. 4) La exhibición, resguardo o secuestro de documentos concernientes al objeto de la pretensión, conforme lo dispuesto por el artículo 325. La absolución de posiciones podrá pedirse únicamente en proceso ya iniciado. Modificado por: LEY 25488 Art.2 ((B.O. 22-11-2001). artículo sustituido.)” (ARGENTINA. **Código Procesal Civil y Comercial de la Nación**. Disponível em: <<https://iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-civilargentina.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2020).

¹⁶⁴ “Nella *publicatio ad perpetuam rei memoriam* – così viene comunemente indicato il primo istituto – l’esperienza del mezzo probatorio viene chiesto da chi teme che possa, in relazione al proprio diritto, sorgere in futuro una controversia ed essere promosso nei suoi confronti un giudizio. Nella *probatio ad futuram memoriam* – uno dei nomi attribuiti al secondo istituto – invece, la controversia è già attuale: il timore, che giustifica l’assunzione anticipata della testimonianza, non è relativo alla proposizione del giudizio, ma al venir meno, durante il tempo necessario perché il processo giuggia al momento della *litis contestatio*, del mezzo di prova” (BESSO, Chiara. **La prova prima del processo**. Turim: G. Giappichelli, 2004, p. 38-39).

¹⁶⁵ “L’*aprise* rea finalizzata non tanto a conservare la prova che si teme di non potere in seguito assumere nel giudizio di merito, quanto a fornire gli elementi per valutare l’opportunità stessa di instaurare il processo” (BESSO, Chiara. **La prova prima del processo**. Turim: G. Giappichelli, 2004, p. 45).

¹⁶⁶ “La vera novità del disposto di cui all’art. 696 bis c.p.c., come si evince, è quella di prevedere una precisa funzione dell’istituto, e soprattutto uno “sganciamento” del relativo mezzo istruttorio dai presupposti della urgenza (*periculum*) e del *fumus*, desumibili dall’art. 696 c.p.c.” (NARDO, Giulio Nicola. **La nuova funzione conciliativa dell’accertamento tecnico preventivo alla luce della recente legge n. 80/2005**). Disponível em: <<https://www.yumpu.com/it/document/view/14962516/giulio-nicola-nardo-la-nuova-funzione-conciliativa-dell->>. Acesso em: 28 jun. 2019).

¹⁶⁷ “Art. 696-bis. Consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite. L’espletamento di una consulenza tecnica, in via preventiva, può essere richiesto anche al di fuori delle condizioni di cui al primo comma dell’articolo 696, ai fini dell’accertamento e della relativa determinazione dei crediti derivanti dalla mancata inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito. Il giudice procede a norma del terzo comma del medesimo articolo 696. Il consulente, prima di provvedere al deposito della relazione, tenta, ove possibile, la conciliazione delle parti. Se le parti si sono conciliate, si forma processo verbale della conciliazione. Il giudice attribuisce con decreto efficacia di titolo esecutivo al processo verbale, ai fini dell’espropriazione e dell’esecuzione in forma specifica e per l’iscrizione di ipoteca giudiziale. Il processo

fumus boni iuris e o *periculum in mora*, pressupostos para a concessão de tutela de urgência cautelar, para a realização desta avaliação técnica.¹⁶⁸

A reforma implementada na Itália com a Lei 80/2005 corroborou para a eficiente gestão do processo e para a diminuição das causas em trâmite. Na prática jurídica italiana, essa proposta viabilizou a obtenção preventiva de provas sem o requisito da urgência; isto é, foi a partir daí que se introduziu a *consulenza tecnica* anterior ao processo, inclusive com função de conciliação.¹⁶⁹ Nesse sentido, Giulio Nicola Nardo afirma que a *consulenza tecnica* não é vinculada e não pressupõe o processo de mérito, mas, sim, busca a resolução do conflito de modo consensual pelas partes.¹⁷⁰

A *consulenza tecnica preventiva* prevista no artigo 696-bis do Código de Processo Civil italiano é mais restrita do que aquela realizada no curso do processo, o que demonstra mais uma distinção do que se verifica no atual sistema processual brasileiro.¹⁷¹

Contudo, é importante ressaltar que o Código de Processo Civil italiano somente engloba a prova a ser produzida antecipadamente nos casos que envolvam a falta ou incorreta execução de obrigações contratuais, o que revela a restrição do âmbito de utilização desse instituto probatório preventivo. O instituto, portanto, não é tão amplo.

verbale è esente dall'imposta di registro. Se la conciliazione non riesce, ciascuna parte può chiedere che la relazione depositata dal consulente sia acquisita agli atti del successivo giudizio di merito. Si applicano gli articoli da 191 a 197, in quanto compatibili” (ITÁLIA. **Codice di Procedura Civile**. Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/news/2014/12/10/dei-procedimenti-speciali-dei-procedimenti-sommari>>. Acesso em: 15 jan. 2020).

¹⁶⁸ ANSANELLI, Vincenzo. Le prove a futura memoria nel diritto italiano. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, v. 227, p. 63.

¹⁶⁹ BERIZONCE, Roberto Omar. Procedimientos preliminares y prueba anticipada como instrumentos para la decisión temprana de los conflictos. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2016, n. 44, p. 36.

¹⁷⁰ “La formazione della prova, in questo caso, non è vista come ‘strumentale’ al successivo esercizio della azione di merito, ed allo scopo di garantir la effettività della tutela giurisdizionale attraverso il processo di merito, ma, piuttosto, quale ‘strumento base’ dal quale poter partire per giungere ad una soluzione conciliativa della controversia tra le parti, proprio evitando il successivo giudizio di merito”. Em tradução livre, neste caso, a formação da prova não é vista como 'instrumental' para o exercício subsequente do processo de mérito ou mesmo para garantir a efetividade da proteção jurisdicional por meio do processo de mérito, mas, sim, antes, como um 'instrumento básico' do que se pode deixar para chegar a uma solução conciliatória para a disputa entre as partes, precisamente evitando o próximo julgamento de mérito (NARDO, Giulio Nicola. **La nuova funzione conciliativa dell'accertamento tecnico preventivo alla luce della recente legge n. 80/2005**). Disponível em: <<https://www.yumpu.com/it/document/view/14962516/giulio-nicola-nardo-la-nuova-funzione-conciliativa-dell->>. Acesso em: 28 jun. 2019).

¹⁷¹ “L'ambito della consulenza tecnica preventiva appare più limitato rispetto alla consulenza disposta nel corso del processo: l'art. 696 c.p.c. parla non di consulenza, ma di «accertamento» tecnico e identifica l'oggetto dell'accertamento nella verificação dello «stato di luoghi» o della «qualità o condizione di cose»¹². La disciplina dei procedimenti di istruzione preventiva è contenuta nella sezione IV del capo che il nostro codice dedica, nell'ambito della tutela sommaria, ai procedimenti cautelari” (BESSO, Chiara. **La prova prima del processo**. Turim: G. Giappichelli, 2004, p. 6).

A despeito das semelhanças que podem ser encontradas entre os institutos italiano e brasileiro, destaca-se que o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 estabeleceu uma mudança mais ampla, porquanto, ao contrário do Código de Processo Civil italiano, é possível produzir qualquer prova sob as justificativas do artigo 381, que serão apresentadas de forma sistemática no tópico 2.5.

Por sua vez, o Código de Processo Civil francês também dispõe sobre a sua equivalente ação de produção antecipada de provas. O direito francês dispõe de mecanismos para tutelar direitos relacionados à produção de provas antes mesmo da propositura do processo de conhecimento. É o caso, por exemplo, das chamadas *attestation*, *référé probatoire* e *enquête*.¹⁷² Esses procedimentos se referem, respectivamente, à produção de documentos escritos, tutelas provisórias de urgência e a assunção de prova testemunhal.

Inicialmente, essas medidas somente poderiam ser realizadas com fundamento em um requisito cautelar para a conservação da prova,¹⁷³ mas, com a vigência do artigo 145 do Código de Processo Civil francês de 1975,¹⁷⁴ passou a ser possível a produção de qualquer meio de prova, desde que demonstrado motivo legítimo, que foi denominada como *mesure d'instruction in futurum* (medida de instrução *in futurum*).¹⁷⁵

¹⁷² Essas medidas estão previstas no Subtítulo II do Título VII do Código de Processo Civil francês (FRANÇA. **Code De Procédure Civile**: version consolidée au 1 janvier 2020. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>>. Acesso em: 14 jan. 2020).

¹⁷³ “De igual forma, foi a jurisprudência francesa quem admitiu o uso da *référé probatoire* para a designação de perícias e oitiva de testemunhas, ainda que em um primeiro momento apenas diante da presença dos requisitos clássicos das medidas cautelares. Com o código de 1975, no entanto, especialmente pela dicção do seu art. 145, passou a ser possível a produção de prova sempre que demonstrada a existência de um ‘motivo legítimo’. A corte francesa, embora reconhecendo o periculum in mora como um dos ‘motivos legítimos’, entendeu que há outras possibilidades, mormente porque o texto legal fala expressamente (além da ‘conservação da prova’) em ‘fixação dos fatos’. Assim, após algumas vacilações, a Cour de Cassation optou pela autonomia da prova anterior ao processo, afirmando que o art. 145 dispõe sobre uma instrução preventiva que independe do periculum in mora” (GUIMARÃES, Filipe. Medidas probatórias autônomas: panorama atual, experiência estrangeira e as novas possibilidades no direito brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, v. 178, p. 129).

¹⁷⁴ Em tradução livre, o artigo 145 do Código de Processo Civil francês dispõe que, se houver razão legítima para manter ou estabelecer previamente a prova de fatos que possam ser invocados na solução de uma disputa, as medidas de investigação legalmente admissíveis podem ser determinadas a pedido de qualquer pessoa interessada, mediante solicitação ou em resumo. Texto original: “S’il existe un motif légitime de conserver ou d’établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d’un litige, les mesures d’instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé” (FRANÇA. **Code De Procédure Civile**: version consolidée au 1 janvier 2020. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>>. Acesso em: 14 jan. 2020).

¹⁷⁵ Chiara Besso afirma que o *référé* tem sua origem nas demandas imobiliárias. Antes do início das obras de um edifício, a seria possível propor uma demanda judicial para verificar a construção do prédio ou mesmo avaliar o andamento das obras (BESSO, Chiara. **La prova prima del processo**. Turim: G. Giappichelli, 2004, p. 85).

A comprovação deveria recair sobre fatos relevantes, cujo esclarecimento pudesse influenciar diretamente na resolução da controvérsia.¹⁷⁶ Após um período de transição, decidiu-se que a aplicação do artigo 145 do Código de Processo Civil francês não dependia da verificação do requisito da urgência. Assim, as medidas de instrução *in futurum* não se destinavam exclusivamente a impedir o desaparecimento das provas. A medida probatória *in futurum* também poderia ser utilizada para fornecer ao requerente informações mais completas sobre a situação e, conseqüentemente, permitir-lhe avaliar melhor a conveniência de iniciar ou não um processo para a discussão do direito material.

Assim, observa-se que essa ação probatória autônoma também não se restringe ao requisito do *periculum in mora*, sendo possível que o autor requeira a produção de provas com base na demonstração da utilidade dessa prova para o processo. Tanto é assim que se afirma que a necessidade de urgência não é substancial com as medidas de instrução *in futurum*. É inegável o interesse que possa existir em pré-constituir provas, mesmo que elas não corram o risco de desaparecer. A perspectiva de extinguir uma disputa desde o início e, nesse sentido, ser capaz de evitar um julgamento por meio da intervenção certamente permitirá o exercício esperado justiça. Ainda assim, caso as partes não cheguem a um acordo amigável, as medidas de instrução *in futurum* cumprem uma importante função preparatória, de modo que a *ação principal* introduzida seja mais bem direcionada. Nesse ponto, destaca-se que as partes e o próprio sistema jurídico têm a ganhar.¹⁷⁷

¹⁷⁶ “Après une période de transition, au cours de laquelle quelques hésitations se manifestent, tant au niveau des juridictions du fond (juges des référés et cours d'appel) que de la Cour de cassation, il fut clairement décidé, dans le premier des trois arrêts rendus en chambre mixte le 7 mai 1982, que l'application de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile n'est pas subordonnée à l'urgence. Cela revient à dire que les mesures d'instruction *in futurum* ne sont pas exclusivement destinées à prévenir le dépérissement d'éléments de preuve. Elles peuvent aussi servir à « fournir au demandeur des informations plus complètes sur (une) situation (donnée) et, par voie de conséquence, lui permettre de mieux apprécier l'opportunité d'entamer ou de ne pas entamer une procédure devant le juge du principal »” (DESPRÉS, Isabelle. **Les mesures d'instruction in futurum**. Paris: Dalloz, 2004, p. 31).

¹⁷⁷ “À notre avis, la nécessité de l'urgence n'est pas consubstantielle aux mesures d'instruction *in futurum*. Il nous semble difficile de nier l'intérêt qu'il peut y avoir à préconstituer des preuves, quand bien même elles ne seraient pas menacées de disparition. La pratique (française) révèle d'ailleurs qu'aujourd'hui, la crainte du dépérissement d'éléments de preuve n'est plus qu'un motif de saisine du juge parmi d'autres (il ne figure même plus en première position). Cette orientation n'est guère contestable. Certes, les justiciables qui sollicitent des mesures d'instruction *in futurum* cherchent à satisfaire des besoins individuels, mais le service public de la justice peut aussi trouver son compte dans cette démarche. La perspective de tuer dans l'œuf un litige et ainsi, de pouvoir éviter un procès grâce à une intervention ponctuelle, est certainement de nature à permettre l'exercice bien compris de la mission de justice dévolue aux tribunaux. Et dans l'hypothèse où les parties ne parviennent pas à un règlement amiable, les mesures d'instruction *in futurum* remplissent une fonction préparatoire, de sorte que l'action principale introduite est mieux ciblée. Là encore, l'autorité judiciaire a tout à y gagner” (DESPRÉS, Isabelle. **Les mesures d'instruction in futurum**. Paris: Dalloz, 2004, p. 35).

Nesse sentido, o artigo 145 do Código de Processo Civil francês desempenha um papel muito importante na busca de provas. A medida pode ter como objetivo um potencial adversário em eventual demanda para a discussão da relação jurídica de direito material, mas também pode estar relacionada a um terceiro que pode não figurar como réu futuramente.¹⁷⁸

No direito alemão, também é possível referenciar um cenário interessante no que se refere à produção antecipada de provas. Já era previsto neste sistema o poder geral de cautela, que autorizava a concessão de tutelas provisórias fundadas na urgência.¹⁷⁹

Antes da reforma legislativa de 1991, a produção antecipada de prova no processo civil alemão era entendida somente como algo excepcional, destinado a assegurar a realização de uma prova se alguma razão especial recomendasse a antecipação. Conforme o § 485 (1) ZPO, que continua vigente, a prova pode ser produzida antecipadamente “quando a outra parte concordar ou quando se verificar haver risco concreto de que a prova se perca ou de que sua produção, no futuro, se torne excessivamente gravosa”.¹⁸⁰

Com a reforma legislativa de 1991,¹⁸¹ o § 485 (2) ZPO passou a estabelecer hipóteses para a produção antecipada de provas sem o requisito da urgência em situações nas quais se verificasse o interesse jurídico na obtenção de determinadas informações, quais sejam o estado de uma pessoa ou o estado ou valor de uma coisa; a causa de um dano pessoal, de um

¹⁷⁸ “L'article 145 CPC joue un rôle très important dans la recherche des preuves en procédure civile. Il permet à une partie de saisir le juge avant tout procès, afin que celui-ci ordonne une mesure d'instruction. L'article 145 CPC concerne aussi bien les mesures d'instruction que la production forcée de pièces. La mesure peut s'adresser à un adversaire potentiel, mais elle peut encore concerner une personne qui n'a pas lieu d'être impliquée dans un éventuel procès futur. Cette mesure d'instruction dite « in futurum » suit un régime dérogatoire vis-à-vis de celles qui sont ordonnées durant un procès au fond” (VERGÈS, Étienne; VIAL, Géraldine; LECLERC, Olivier. **Droit de la preuve**. Paris: Thémis droit, 2015, p. 309).

¹⁷⁹ “No que concerne às medidas cautelares e temas correlatos, o processo civil alemão já se notabilizara ao prever um amplo poder geral de cautela, permitindo a adoção de disposições provisórias sobre o objeto da controvérsia e, inclusive, a antecipação da tutela” (GUIMARÃES, Filipe. Medidas probatórias autônomas: panorama atual, experiência estrangeira e as novas possibilidades no direito brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, v. 178, p. 130).

¹⁸⁰ BENEZUDI, Renato Resende. Substantiierung, Notice-Pleading e Fact-Pleading: a relação entre escopo das postulações e função da prova nos processos alemão, americano e inglês. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. 245, p. 447.

¹⁸¹ “Así, en el Derecho alemán, la reforma de 1991 a la ZPO introdujo un nuevo texto al § 485, en cuya virtud puede solicitarse el costo de la reparación del daño, anticipada la prueba judicial sobre el estado de una persona o el estado o valor de una cosa, la causa de un daño a personas, a una cosa o vicio de esta. El interés jurídico se tiene por existente cuando el dictamen puede ayudar a evitar un proceso” (BERIZONCE, Roberto Omar. Procedimientos preliminares y prueba anticipada como instrumentos para la decisión temprana de los conflictos. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2016, n. 44, p. 35).

dano a uma coisa ou do defeito de uma coisa; o custo para a reparação de um dano pessoal, de um dano a uma coisa ou do defeito de uma coisa.¹⁸²

Assim, observa-se que ao procedimento tradicional de conservar as provas foi adicionado o procedimento probatório independente. Ao tratar das medidas de instrução preventivas no direito francês e referenciar outros exemplos de ordenamentos jurídicos europeus, Isabelle Després afirma que a nova previsão do § 485 do Código de Processo Civil alemão caracteriza a duplicação funcional das medidas de instrução *in futurum*. De fato, o primeiro parágrafo (§ 485 (1) ZPO) retoma a concepção clássica, mas o segundo (§ 485 (2) ZPO) abre novos horizontes e indica uma lista de situações, as quais em nada se relacionam à necessidade de urgência para justificar o deferimento da medida, no intuito de reunir provas antes do processo. Trata-se do reconhecimento de que há o interesse legal na produção da prova, cuja descoberta poderá ser utilizada para evitar litígios ou melhor instruí-lo.¹⁸³

Em reforço, vale o registro de que, no intuito de reduzir os processos em segunda instância, bem como de propiciar aos litigantes mais informações sobre os fatos relacionados ao litígio, a legislação alemã passou a prever a possibilidade de que o juiz possa determinar a exibição de documentos pelas partes ou por terceiros.¹⁸⁴ Muito embora essa previsão não

¹⁸² § 485 (2) ZPO (ALEMANHA. **Zivilprozessordnung**. Disponível em: <<https://dejure.org/gesetze/ZPO/485.html>>. Acesso em: 08 set. 2019).

¹⁸³ “La nouvelle rédaction du paragraphe 485 du Code de procédure civile (*Zivilprozessordnung*) est caractéristique du dédoublement fonctionnel des mesures d’instruction *in futurum*. Tandis que le premier alinéa de ce texte reprend la conception classique, le deuxième alinéa innove, en procédant à une énumération de cas, totalement détachés de considérations liées à l’urgence, dans lesquels il est possible de rassembler des éléments de preuve avant tout procès¹¹⁰. Ce deuxième alinéa prévoit, d’une part, qu’une partie peut demander la désignation d’un expert, si elle a un intérêt juridique à la constatation : premièrement, de l’état d’une personne ou de l’état ou de la valeur d’un bien ; deuxièmement, de la cause d’un dommage aux personnes ou aux biens ou d’un défaut affectant une chose ; troisièmement, de la dépense nécessaire pour réparer un dommage aux personnes ou aux biens ou une chose défectueuse, d’autre part, qu’un intérêt juridique doit être présumé lorsque la constatation peut servir à éviter un litige” (DESPRÉS, Isabelle. **Les mesures d’instruction in futurum**. Paris: Dalloz, 2004, p. 34).

¹⁸⁴ Em relação à reforma legislativa de 2001, José Carlos Barbosa Moreira consignou que “Os dois principais vetores da reforma podem ser resumidos nestes lemas: fortalecimento do primeiro grau de jurisdição (alargado agora o campo em que atua órgão monocrático, em vez de um colegiado) e revisão do sistema de recursos. Pôr na primeira instância o centro de gravidade do processo é diretriz de política legislativa muito prestigiada nos tempos modernos, e numerosas iniciativas reformadoras levam-na em conta. A rigor, o ideal seria que os litígios fossem resolvidos em termos finais mediante um único julgamento. Razões conhecidas induzem as leis processuais a abrir a porta a reexames. A multiplicação desmedida dos meios tendentes a propiciá-los, entretanto, acarreta o prolongamento indesejável do feito, aumenta-lhe o custo, favorece a chicana e, em muitos casos, gera para os tribunais superiores excessiva carga de trabalho. Convém, pois, envidar esforços para que as partes se dêem por satisfeitas com a sentença e se abstenham de impugná-la. Ao ver do legislador alemão, uma das circunstâncias capazes de concorrer para que se alcance esse fim consiste na clareza com que, ao longo do processo, possam os litigantes formar idéias sobre o provável desfecho. Para tanto, é mister que saibam quais as questões de fato e de direito consideradas relevantes pelo órgão julgador e tenham oportunidade de trazer ao propósito sua contribuição. O § 139 da ZPO já consagrava, em semelhante perspectiva, o chamado *Hinweispflicht*, isto é, o dever do órgão judicial de providenciar para que as partes elucidassem de modo

se refira à produção antecipada de provas prevista no direito alemão, trata-se de mais uma referência que indica que o maior conhecimento dos fatos contribui para a resolução de conflitos ou mesmo para que as partes tenham uma melhor previsibilidade da decisão.

Na Espanha, pode-se destacar o instituto das *diligencias preliminares*, que é regulado nos artigos 256 a 262 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Segundo a doutrina, as *diligencias preliminares* podem ser definidas como aquelas atuações prévias ao *proceso principal*, pelas quais o autor requer dados para a preparação da futura *demanda principal*.¹⁸⁵

As *diligencias preliminares* podem ser realizadas para que as partes reúnam os pressupostos e requisitos necessários para a propositura de uma demanda em situações específicas, que são variadas. Seu objetivo é o de construir bases mais sólidas para o início de uma demanda judicial quando se quer solucionar dúvidas acerca da legitimidade das partes processuais (sendo, todavia, mais comum sua aplicação relativamente ao sujeito passivo da relação jurídico-processual), ou, ainda, preparar um processo futuro, aclarando elementos desconhecidos, que posteriormente serão fundamentais.

Este é o motivo que embasa afirmações no sentido de que esse instrumento foi concebido com o fim de que o autor obtivesse a totalidade das informações necessárias para manejar corretamente o processo, seja no tocante à legitimação ativa e passiva, seja do juízo competente, ou mesmo do futuro procedimento adequado.¹⁸⁶

Diante das breves referências de outros sistemas jurídicos processuais, percebeu-se que, a despeito do que muito se afirma ou correlaciona sobre a similaridade da produção antecipada de provas do Código de Processo Civil de 2015 aos institutos da *disclosure* e da *discovery*, acredita-se que o sistema jurídico mais próximo ao brasileiro é o francês.

completo todos os fatos relevantes e indicassem as provas respectivas, incumbindo-lhe, na medida da necessidade, discutir com os litigantes os aspectos fáticos e jurídicos do pleito e formular-lhes perguntas” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. **Revista brasileira de direito comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, 2003, n. 23, p. 26-27).

¹⁸⁵ Agustín Capilla Casco afirma que “las diligencias preliminares pueden definirse como las actuaciones previas al proceso cuya realización puede solicitarse a los tribunales para auxiliarles en su preparación, facilitándoles datos necesarios a los efectos de decidir presentar o no una demanda, o de decidir frente a quien debe dirigirse la demanda” (CAPILLA CASCO, Agustín. *Diligencias Preliminares y Medidas de Anticipación y Aseguramiento de Prueba* **Actualidad Jurídica** (Úria & Menéndez), 2005, n. 12, p. 92).

¹⁸⁶ Este é o entendimento de Álvarez Alarcón, que afirma que “las diligencias preliminares han sido concebidas con el fin de que el actor obtenga los datos necesarios para entablar correctamente el proceso, relativos a la determinación ya de la legitimación activa o pasiva, ya del juez competente, ya del procedimiento adecuado” (ALVAREZ ALARCÓN, Arturo. **Las diligencias preliminares en el proceso Civil**. Barcelona: Jose María Bosch Editor, 1997, p. 37-38.)

Além da dispensa do requisito da urgência, há outras semelhanças procedimentais que tornam possível a conclusão de que a produção antecipada de provas, muito embora não seja inspirada no direito desse país, apresente similaridades.

A previsão francesa é muito próxima ao que está previsto no Código de Processo Civil brasileiro de 2015. Segundo consta, as *mesures d'instruction in futurum* também auxiliam as partes a chegarem a uma composição ou mesmo evitam que elas proponham demandas infundadas.¹⁸⁷ Além disso, trata-se de um procedimento jurisdicional anterior à demanda para a discussão da relação jurídica de direito material, bem como é requerida a demonstração do interesse para que a medida probatória seja deferida e realizada.

Constata-se, então, que o Brasil, ao se aproximar do modelo francês e se aproximar das premissas do *discovery* norte-americano da *disclosure* do sistema inglês, e até mesmo do sistema italiano,¹⁸⁸ implementa na América Latina uma forma importante de se conceber o instituto da antecipação probatória. Com isso, busca-se introduzir uma cultura de autocomposição de conflitos, vez que se propicia a criação de um procedimento probatório desvinculado de uma eventual futura demanda, com a finalidade de intercambiar informações para facilitar a busca mais adequada e efetiva.

¹⁸⁷ Isabelle Després, ao referenciar a doutrina francesa, lembra que as medidas de instrução *in futurum*, ao colaborarem que as partes conheçam melhor os fatos que circundam o conflito, também facilitam que elas alcancem um acordo: “D’après M. Chapus, la suppression de la condition d’urgence « présente l’avantage important de permettre au juge des référés de prescrire des mesures d’instruction, dès lors qu’il lui apparaît que le prononcé (...) de telles mesures est conforme à l’intérêt d’une bonne administration de la justice ». Toujours selon cet auteur, « il est fréquemment opportun que les parties soient aussitôt que possible éclairées sur les faits litigieux, car la connaissance exacte de ceux-ci a « souvent pour effet de les inciter à la conciliation. Et il ne peut qu’être satisfaisant que tournent court des procès alimentés par une mauvaise connaissance des faits ou par des incertitudes quant à leur réalité ». La recherche de la prévention du contentieux était bien l’objectif poursuivi par le pouvoir réglementaire lors de la réforme de 1988. La même préoccupation a été à l’origine de modifications dans certaines législations étrangères” (DESPRÉS, Isabelle. **Les mesures d’instruction in futurum**. Paris: Dalloz, 2004, p. 33).

¹⁸⁸ Assim como no Código de Processo Civil de 2015, na Itália, a *consulenza preventiva* objetiva a verificação de vantagens e desvantagens em relação à possível demanda para a discussão da relação jurídica de direito material: “Este instituto está viviendo sus primeros pasos en la práctica y es todavía pronto para valorar su impacto concreto. La doctrina le ha dedicado ya mucha atención y está dividida en dos tendencias principales: aquellos que subrayan en primer lugar el perfil conciliativo y quienes en cambio remarcan la importancia de obtener una comprobación de hecho anterior al inicio del proceso. Comparto esta segunda postura, en el sentido que la conciliación es una salida solamente eventual de la consulta técnica preventiva, mientras la comprobación instructoria es un resultado fisiológico y normal. Así, el significado de la nueva norma, en clave de reducción de las costas del proceso, está en determinar una serie de cuestiones de hecho, objeto de la litis, antes de la causa, ofreciendo a las partes un importante elemento para sopesar ventajas y desventajas de una eventual acción judicial” (BIAVATI, Paolo. Tendencias recientes de la justicia civil en Europa. **Revista de Derecho Procesal Rubinzal Culzoni**. 2008-I (traducción al español). Mar Del Plata, 2007, p. 9. Disponível em: <https://www.academia.edu/10303742/Tendencias_recientes_de_la_justicia_civil_en_Europa>. Acesso em: 05 dez. 2019).

Com isso, a partir da positivação, no Código de Processo Civil de 2015, da admissibilidade da produção antecipada de provas sem que, para tanto, seja necessário o requisito da urgência, surgem questões importantes para análise. Portanto, é possível detalhar os avanços, lacunas e possíveis retrocessos trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015 na produção antecipada de provas.

A partir dessas considerações, tratar-se-á da efetividade do processo e da função da produção antecipada de provas nesse contexto, com a posterior análise das suas hipóteses.

2.4 SOLUÇÃO DE CONFLITOS E EFETIVIDADE DO PROCESSO

A complexidade das relações jurídicas aliada à expansão do acesso à justiça resultou em um aumento do número de demandas em trâmite no Poder Judiciário, seja no Brasil, o que ocorreu de forma muito intensa,¹⁸⁹ seja, ainda, em outros países do mundo.¹⁹⁰ Segundo o levantamento do Conselho Nacional de Justiça (“Justiça em Números”), o Poder Judiciário

¹⁸⁹ No Brasil, trata-se do movimento do acesso à justiça, que teve início a partir dos anos 80. Havia a necessidade de se permitir que os jurisdicionados pudessem deduzir as suas pretensões perante o Poder Judiciário para assegurar a prestação jurisdicional, tanto é assim que é possível exemplificar diversos instrumentos normativos no ordenamento jurídico brasileiro voltados à concretização do acesso à justiça. A garantia do acesso à justiça, considerando-se o que dispõe literalmente a legislação, equivaleria à ampliação do ingresso ao Poder Judiciário, e se concretizaria notadamente pela implementação do direito à assistência jurídica. Trata-se do que a doutrina comumente denomina de direitos humanos sociais, direitos que exigem prestações positivas do Estado para a sua efetivação. A compreensão atual da garantia constitucional do acesso à justiça vai além da concepção inicialmente construída por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, segundo a qual o acesso à justiça objetivava remover especialmente os obstáculos financeiros para que os cidadãos acessassem o Poder Judiciário. Porém, definitivamente, não se trata disso. As ideias de Mauro Cappelletti e Bryant Garth foram difundidas no Brasil a partir de 1988. Para esses autores, o acesso à justiça seria um fenômeno compreendido a partir de três pilares: (i) a expansão da oferta de serviços jurídicos aos setores economicamente desfavorecidos da população; (ii) a incorporação dos interesses coletivos e difusos; e (iii) a contemplação de mecanismos alternativos de solução de litígios, como, por exemplo, a justiça informal, a simplificação da lei e o desvio de competência do sistema “tradicional”. Vale ressaltar que este último direcionamento se verificou mais concretamente a partir de 1990 com a lei dos juizados de pequenas causas e a criação dos juizados cíveis e criminais. Atualmente, entende-se que o acesso à justiça somente se concretiza com a efetivação de outras garantias e princípios constitucionais do processo. De nada adianta escancarar as portas do Poder Judiciário sem, com isto, permitir aos jurisdicionados o acesso a uma tutela efetiva, que envolva condições essenciais ao bom exercício do direito de ação, do direito de defesa e da duração razoável do processo. Cf. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 31 e ss.

¹⁹⁰ “Es harto conocida, y no sólo entre nosotros pues se trata de fenómenos generizados que aquejan la prestación del servicio de justicia en todas las latitudes, la insatisfacción por la falta de virtualidad en múltiples casos de la garantía fundamental de la tutela judicial eficaz y eficiente, que se proclama enfáticamente desde la Constitución y las convenciones internacionales” (BERIZONCE, Roberto Omar. Procedimientos preliminares y prueba anticipada como instrumentos para la decisión temprana de los conflictos. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2016, p. 20).

finalizou o ano de 2018 com 78,7 milhões de processos em trâmite.¹⁹¹

Em decorrência desse fenômeno, buscou-se implementar mecanismos menos onerosos de resolução de conflitos, que proporcionassem maior celeridade e efetividade na composição das lides. Devido ao número excessivo e crescente de processos que chegam ao Poder Judiciário brasileiro, foi necessário pensar em outras formas de aperfeiçoar a prestação jurisdicional. Esse foi um fenômeno que surgiu não apenas no Brasil, mas também há registros em outros países, a exemplo da França.¹⁹²

No Brasil, diversas tentativas têm sido realizadas com o objetivo de diminuir o número de processos pendentes e proporcionar uma tutela jurisdicional efetiva. O Código de Processo Civil de 2015 desejou implementar um sistema de precedentes obrigatórios, de modo que, em tese, os magistrados deverão observar os fundamentos determinantes das decisões das instâncias superiores, bem como os enunciados de súmula vinculante resultantes da jurisprudência dos tribunais e as teses fixadas no âmbito dos incidentes de resolução de demandas repetitivas. Ainda, verificou-se um incentivo aos métodos alternativos de solução de controvérsias.

Nesse contexto, a produção antecipada de provas apresenta-se como mais um mecanismo que fomenta a resolução adequada de conflitos. O que ocorre é que o Código de Processo Civil de 2015 passou a permitir a realização da produção antecipada de provas sem a necessidade de urgência quando a prova a ser produzida for suscetível de viabilizar a autocomposição, bem como nas circunstâncias em que o prévio conhecimento dos fatos possa evitar o ajuizamento da demanda. O legislador pretendeu que a produção antecipada de provas funcionasse como mais um meio apto a tornar mais efetivo o Poder Judiciário.

A noção de efetividade do processo tem como premissa básica a concepção de que o Poder Judiciário deve possibilitar aos litigantes a adequada, tempestiva e eficiente solução de controvérsias, com a realização do direito material. Em síntese, a prestação efetiva da

¹⁹¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2019**: Relatório Analítico, p. 79. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2019. Destaca-se que o Conselho Nacional de Justiça verificou uma diminuição sutil da litigiosidade no Brasil em relação a 2018, haja vista a redução do número de processos em andamento.

¹⁹² Como exemplo, José Carlos Barbosa Moreira e Roger Perrot escreveram sobre o considerável desenvolvimento da litigiosidade na França (BARBOSA MOREIRA, José Carlos; PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, v. 91, p. 204).

tutela jurisdicional é um difícil resultado de observância das garantias constitucionais e processuais e da busca da duração razoável do processo.¹⁹³

Destaca-se que Luigi Comoglio se refere a um “direito à tutela” e não somente a um “direito ao processo”.¹⁹⁴ Por sua vez, Cândido Dinamarco sintetiza que o acesso à justiça representa o acesso à *ordem jurídica justa* expressado pelo professor Kazuo Watanabe, o qual se traduz na “obtenção de justiça substancial”.¹⁹⁵ Nessa linha, a importância do direito à prova no direito processual civil também é verificada na sua contribuição para a efetividade do processo, de modo que, “observado o equilíbrio entre os valores *segurança e celeridade*, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material”.¹⁹⁶

Para Eduardo Cambi, o direito fundamental à prova contribui com a efetividade da tutela jurisdicional, pois “a efetividade do direito à prova significa o reconhecimento da máxima potencialidade possível ao instrumento probatório para que as partes tenham amplas oportunidades para demonstrar os fatos que alegam”.¹⁹⁷

A relação do processo com o direito material é intrínseca, e, nesse sentido, “o direito de ação deve ser visto como garantia da efetividade, isto é, deve conferir ao seu titular a possibilidade de exigir do Estado instrumento apto a solucionar as controvérsias de maneira

¹⁹³ “É, pois, preciso oferecer ao processo mecanismos que permitam o cumprimento de toda a sua missão institucional, evitando-se, com isso, que seja considerado ‘fonte perene de decepções’. Assim, incumbe ao ordenamento processual atender, do modo mais completo e eficiente possível, ao pleito daquele que exerceu o seu direito à jurisdição, bem como daquele que resistiu, apresentando defesa. É que, no âmbito do processo civil de conhecimento, a tutela jurisdicional, representada pela sentença de mérito, pode ou não acolher a pretensão deduzida, beneficiando, por via de consequência, tanto o autor quanto o réu. Tudo fica na dependência de quem obtenha êxito, amparado que esteja pelo direito material. Para isso, é de suma relevância que o processo civil disponha de mecanismos aptos a realizar a função jurisdicional que lhe toca, qual seja a de assegurar ao jurisdicionado que tenha razão praticamente tudo aquilo e exatamente aquilo que, porventura, tenha direito de receber. Na verdade, as legislações processuais modernas ‘devem construir procedimentos que tutelem de forma efetiva, adequada e tempestiva os direitos. O ideal é que existam tutelas que, atuando internamente no procedimento, permitam uma racional distribuição do tempo do processo’. Assim, ao lado da efetividade do resultado que deve conotá-la, imperioso é também que a decisão seja tempestiva” (TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas. **Garantias constitucionais do processo civil**. Coordenador: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 235)

¹⁹⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto). **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, v. 90, p. 99-100.

¹⁹⁵ “Acesso à justiça é *acesso à ordem jurídica justa* (ainda, Kazuo Watanabe). É a obtenção de justiça substancial. Não obtém justiça substancial quem não consegue sequer o exame de suas pretensões pelo Poder Judiciário e também quem recebe soluções atrasadas ou malformuladas para suas pretensões, ou soluções que não lhe melhorem efetivamente a vida em relação ao bem pretendido. Todas as garantias integrantes da *tutela constitucional do processo* convergem a essa *promessa-síntese* que é a garantia do acesso à justiça assim compreendido” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume I. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 206).

¹⁹⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010, p. 49.

¹⁹⁷ CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 170.

adequada e útil”.¹⁹⁸ Para Flávio Luiz Yarshell, especialmente na produção antecipada de provas, os escopos jurídico e social do processo se complementam, e isso foi reforçado a partir do Código de Processo Civil de 2015, em especial no que se refere à possibilidade de produção antecipada de provas sem o requisito da urgência.¹⁹⁹

Para José Roberto dos Santos Bedaque, o direito processual “tem o escopo imediato de conferir eficácia a outro direito – o material (escopo jurídico)”.²⁰⁰ Muito embora não haja a valoração da prova previamente nesse processo, é certo que a produção antecipada de provas concretiza o escopo jurídico do processo. Isso porque, como será analisado ao tratar da natureza jurídica no tópico 3.1, o poder jurisdicional é exercido na produção antecipada de provas, inclusive com a aplicação do direito objetivo em situações específicas, até mesmo com a admissibilidade ou não da prova.²⁰¹

A produção antecipada de provas pode evitar o ônus do tempo do processo, em especial para aquele que tem alta probabilidade de direito ao objeto litigioso. José Rogério Cruz e Tucci afirma que a “intolerável duração do inter processual constitui ‘fenômeno que propicia a desigualdade’”.²⁰² Roberto Omar Berizonce, seguindo a tendência mundial já mencionada, analisou a viabilidade de transportar a produção antecipada de provas sem urgência ao processo civil argentino. Nesse sentido, ele afirma que essa providência tem dois principais objetivos, quais sejam, a realização de composição pelas partes e a avaliação do conflito sob a ótica da análise do mérito da demanda que tem por objeto o direito material.²⁰³

A reformulação da legislação processual no que se refere à produção antecipada de provas foi necessária. Por um lado, a despeito de se verificar o entendimento da doutrina e

¹⁹⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia da amplitude de produção probatória. **Garantias constitucionais do processo civil**. Coordenador: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 166-167.

¹⁹⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 275.

²⁰⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 73.

²⁰¹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 272.

²⁰² TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e Processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 111.

²⁰³ “La instrucción preliminar atiende a un doble objetivo: a) como mecanismo auxiliar facilitador de la negociación temprana entre las partes, en base al material probatorio recogido y el esclarecimiento siquiera superficial y provisional de los hechos en cuestión. Deviene útil para la eventual decisión judicial homologatoria cuando el acuerdo alcanzado represente ‘una justa composición de los derechos en conflicto’; y b) como procedimiento de instrucción temprana de la causa, en el que las pruebas recogidas en contradictorio adquieren pleno valor suasorio en la eventual apreciación al tiempo de resolver sobre el mérito” (BERIZONCE, Roberto Omar. Procedimientos preliminares y prueba anticipada como instrumentos para la decisión temprana de los conflictos. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2016, p. 40-41).

da jurisprudência sobre a possibilidade de produção antecipada de provas sem o requisito da urgência, o assunto não era pacificado, pois ainda havia resistência na sua aplicação. Por outro lado, a melhor organização do tema em geral também se revelou importante.

Os artigos 381 e seguintes do Código de Processo Civil exigem a verificação de requisitos para que seja deferida a realização da produção antecipada de provas. Tanto é assim que, a despeito das controvérsias decorrentes da verificação dos requisitos necessários, com o objetivo de preservar a garantia da duração razoável do processo e evitar o abuso de defesa, impõe-se que a parte requerente demonstre os motivos do pedido de antecipação de forma precisa, inclusive com a especificação sobre os fatos que serão objeto de prova.

Desde logo, pode-se afirmar que a nova produção antecipada de provas do Código de Processo Civil de 2015 pode proporcionar às partes um maior conhecimento sobre o conflito, o que resulta em um melhor processo ou mesmo a inexistência do processo para a discussão do direito material em decorrência de eventual composição alcançada pelas partes.²⁰⁴

Nesse sentido, com a reestruturação do tema pelo Código de Processo Civil de 2015, a produção antecipada de provas pode representar um instrumento jurídico de redução de riscos e incertezas, o que fortalece a segurança jurídica.

2.5 SISTEMATIZAÇÃO: HIPÓTESES DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

O Código de Processo Civil de 2015 não inovou na primeira hipótese que prevê a produção antecipada de provas. O artigo 381, I, dispõe que a produção antecipada de provas

²⁰⁴ Nesse sentido, em relação à produção antecipada de provas do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, Matías A. Sucunza e Francisco Verbic afirmam que “En ese sentido, el nuevo Código Procesal brasileño trae consigo una ruptura paradigmática que va en línea con la reestructuración que ha ido adquiriendo el proceso civil en el mundo y que encuentra, en las diversas formas de instrucción preliminar, su mejor expresión. En este caso, la regulación se efectúa en el marco de la prueba anticipada, pero tiene la misma finalidad: proporcionar a las partes un mayor conocimiento acerca del conflicto para ponderar el mérito de sus planteos y facilitar la composición informada y justa de los mismos. De ese modo, más allá de los cuestionamientos metódicos, emerge como un elemento de relevancia, junto a otras instituciones complementarias afines (por caso, el deber de colaboración, la carga dinámica de la prueba, entre otros), para impulsar un cambio de concepción acerca del abordaje de los conflictos, el rol del abogado, la utilización de los medios compositivos y el sentido del proceso” (SUCUNZA, Matías A.; VERBIC, Francisco. *Prueba anticipada en el nuevo Código Procesal Civil: un instituto relevante para la composición eficiente, informada y justa de los conflictos. Direito Probatório*. Coordenadores: Fredie Didier Jr., Marco Félix Jobim e William Santos Ferreira. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 620).

será admitida nos casos em que “haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação”.²⁰⁵

Diferentemente do Código de Processo Civil de 1973, a produção antecipada de provas como espécie de tutela de urgência cautelar não é tipificada no Código de Processo Civil de 2015 de forma expressa e específica. O artigo 301 do Código de Processo Civil de 2015 traz o arresto, sequestro, arrolamento de bens e registro de protesto contra alienação de bem apenas como exemplos de tutelas de urgência de natureza cautelar. Destaca-se que o Código de Processo Civil de 2015 não unificou as tutelas de natureza cautelar e antecipada, deixando-as como espécies das tutelas provisórias de urgência. Porém, neste ponto, houve efetivamente uma mudança estrutural a partir da generalização das tutelas de urgência.

Com relação ao tema, Cândido Rangel Dinamarco esclarece que, à produção antecipada de provas que tenha como fundamento o inciso I do artigo 381, devem ser aplicadas as disposições relativas às tutelas de urgência de natureza cautelar.²⁰⁶ Nesse sentido, as justificativas que embasam a antecipação de provas não sofreram alterações. Isso porque a tutela que objetiva a produção antecipada de provas tem como requisitos o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, ou seja, o risco de perecimento da prova, que implicará no resultado útil do processo, bem como a verossimilhança das alegações.

Essa é a tradicional situação que justifica a produção antecipada de prova. Trata-se da perpetuação da concretude da situação jurídica ou da proteção de uma coisa diante do risco futuro de que a prova não possa mais ser produzida pelo perecimento dessas situações.

É exatamente a situação que já era prevista pelo Código de Processo Civil de 1973: necessidade de conservação da prova ou urgência na sua obtenção. Um exemplo clássico de conservação da prova é a certeza de que será impossível realizar a oitiva de uma testemunha por conta de uma enfermidade, razão pela qual se imporá a conservação da prova. Por outro

²⁰⁵ BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020.

²⁰⁶ “Aplica-se, portanto, inclusive à produção antecipada de provas lastreada no art. 381, inc. I, do Código de Processo Civil, que versa sobre o *risco* de ‘tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação’. Esse risco pode ser concretamente representado pelo perigo de vida em que se encontra uma testemunha, pela deterioração de um bem útil ao esclarecimento da verdade, pela previsão do desaparecimento dos vestígios de algum acontecimento *etc.* – e diante dessa realidade é manifesta a natureza cautelar dessa antecipação. Sujeita-se aos requisitos do *periculum in mora* e *fumus boni iuris* e visa a proteger o titular de um possível direito contra os males corrosivos do tempo-inimigo” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume III. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 114-115).

lado, a realização de uma prova pericial para a constatação de danos a uma pessoa pode estar fundamentada na urgência, pois, caso contrário, revelar-se-á a inutilidade da prova.²⁰⁷

Há inúmeros outros exemplos, pois são situações da vida que mais ocorrem e que necessitam de uma tutela imediata.

Para a obtenção da tutela cautelar para a produção de provas, o autor deverá comprovar a verossimilhança das suas alegações e o *periculum in mora* para justificar a produção antecipada de provas. A diferença notória é a generalização dos meios de prova que podem ser realizados na produção antecipada de provas, pois, diferentemente do Código de Processo Civil de 1973 em seu artigo 847, não se verifica qualquer especificação na hipótese de urgência prevista no artigo 381, I, do Código de Processo Civil de 2015.²⁰⁸

Assim, a principal função da prova produzida antecipadamente com base no artigo 381, I, do Código de Processo Civil é evitar que a prova se perca em razão do tempo de sua produção em eventual processo futuro. De mais a mais, observa-se que essa hipótese, que é a mais comum, não retira a autonomia do direito à prova, pois, inclusive, pode ser que ela não seja útil e a futura demanda sequer seja proposta.

Apesar da curiosidade que a produção antecipada de provas sem o requisito da urgência desperta, em especial por conta do Código de Processo Civil de 2015, o fato é que as situações de urgência que ensejam a produção antecipada de provas são diversas. De todo modo, para além da hipótese prevista no inciso I, destaca-se a positivação da autonomia do direito à prova, consubstanciado na dispensa do requisito da urgência para a sua realização.

Em qualquer demanda, a instrução probatória é o momento mais relevante do procedimento, e é a partir da produção de provas robustas que a demanda se aproxima de uma solução de acordo com os escopos do processo. Ou seja, a despeito das regras de ônus

²⁰⁷ Nesse sentido, afirma-se que “um dos motivos que autoriza a obtenção antecipada da prova se relaciona ao risco de seu desaparecimento até a oportunidade adequada para sua produção no processo, ou ainda à imprestabilidade da obtenção da prova apenas no momento ‘normal’ do processo em que será empregada. Assim, aqui, tanto se inserem hipóteses em que se teme que a testemunha, a ser ouvida no processo, possa falecer, como ainda situações em que é necessária a realização de prova pericial para avaliar lesões em certa pessoa (que desaparecerão com o tempo, ou serão consideravelmente reduzidas)” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 316).

²⁰⁸ “Mas não há mais a discriminação taxativa das hipóteses de *periculum in mora* (como aparentemente havia, para a prova oral, no art. 847 do CPC/1973 (LGL\1973\5)): toda e qualquer hipótese de risco de inviabilização ou grave dificuldade da produção probatória no futuro processo justificam o emprego da medida. O requisito da urgência deve ser aferido sumariamente, à luz de indícios e máximas de experiência” (TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2016, v. 260, p. 77).

da prova existentes, o certo é que a produção das provas é uma fase relevante no processo, o que também se estende à produção antecipada de provas em razão das situações em que essa via é a mais adequada para determinado conflito.

Ao lado da função urgente, o Código de Processo Civil de 2015 positivou outras duas finalidades para a produção antecipada de provas (i) “como elemento facilitador da solução extrajudicial de um litígio”;²⁰⁹ e (ii) “como subsídio para a definição da viabilidade de uma possível ação”.²¹⁰ Como afirma Eduardo Talamini, “essas duas hipóteses são bastante largas – e podem justificar até a concessão da medida requerida com fundamento na urgência, quando o juiz reputar que essa não se apresenta ou não é tão intensa”.²¹¹

Em relação à produção antecipada de provas sem o requisito da urgência, vale ressaltar uma premissa geral de todas as hipóteses previstas no Código de Processo Civil de 2015. Com o conhecimento dos fatos que circundam uma relação jurídica de direito material conflituosa, é possível afirmar que (i) as partes possam chegar a um acordo; (ii) evitar futuros litígios; (iii) ou mesmo melhor estruturar a sua futura demanda.²¹²

Nesse contexto, pode-se citar como útil o fato de a prova antecipada definir previamente a legitimidade para ser parte, estabelecer pedido líquido decorrente de perícia anterior e a identificação e oitiva prévia das testemunhas importantes que pode fazer surgir, inclusive, fundamental motivo para a concessão de uma tutela de evidência. As possibilidades são inúmeras e, com essa previsão legal, as partes passam a encontrar mais um instrumento apto à consecução dos seus interesses e até mesmo evitar litígios.

Ademais, vale destacar que, apesar de as hipóteses serem tratadas de forma separada, entende-se que há fungibilidade entre os fundamentos da produção antecipada de provas, razão pela qual uma finalidade pode ser deferida com base na justificativa da outra.

²⁰⁹ TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2016, v. 260, p. 77.

²¹⁰ TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2016, v. 260, p. 77.

²¹¹ TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2016, v. 260, p. 77.

²¹² Em sentido similar, destaca-se que “This provides each party with a better and clearer knowledge of the details of the case, the weaknesses and strengths of the evidence on both sides, and a better estimate of the litigation costs, as well as the end result. After weighing the possible benefits, parties can make a wise decision concerning settlement or trial” (FAHEY, Elizabeth; TAO, Zhirong. The Pretrial Discovery Process in Civil Cases: A Comparison of Evidence Discovery between China and the United States. **Boston College International and Comparative Law Review**, 37 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 281 (2014), p. 292. Disponível em: <<https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1722&context=iclr>>. Acesso em: 04 jan. 2020).

Ainda preliminarmente, vale ressaltar que, diferentemente do Código de Processo Civil de 1973, as situações não estão exauridas no artigo 382. Há o delineamento de situações nas quais se considera que a produção antecipada de provas seja cabível. É possível buscar diversas situações como fundamentos para justificar a produção antecipada de provas. Em razão disso, por conta da ampla possibilidade de utilização da produção antecipada de provas em diversos campos, serão analisados alguns deles no último capítulo deste trabalho.

Por fim, vale apenas fazer referência ao fato de que também há a previsão do arrolamento de bens com o objetivo apenas de documentação, e não de apreensão. A finalidade é apenas probatória e pode ser extremamente útil para ações de inventário e partilha ou em conflito sobre a titularidade de bens que compõem uma universalidade.²¹³

Com essas considerações, analisar-se-á sistematicamente as hipóteses do artigo 381 do Código de Processo Civil de 2015 que dispensam a verificação da urgência, com o objetivo apenas de separá-las e realizar considerações a respeito de cada uma.

2.5.1 A possível viabilização de soluções autocompositivas

A preocupação de proporcionar, pelos sistemas jurídicos, maior eficácia da prestação jurisdicional, é constante e se verifica em muitos países. É essencial que seja observado o princípio da duração razoável do processo, o devido processo legal, que sejam proferidas decisões fundamentadas, que os processos tenham soluções eficientes, alinhadas com o espírito da legislação processual civil e com segurança jurídica.

Como já assinalado, a litigiosidade no Brasil é muito grande, o que compromete a efetividade do processo. Em razão disso, passou-se a incentivar métodos alternativos de solução de controvérsias, especialmente a mediação e a conciliação.

O panorama jurídico europeu é similar. A lentidão da Justiça dos países europeus é o principal motivo das reclamações que chegam à Corte Europeia de Direitos Humanos, em

²¹³ “O §1º do art. 381 do Novo CPC prevê uma quarta hipótese de cabimento da ação probatória autônoma: o arrolamento de bens com finalidade exclusivamente probatória, por meio do qual se busca a prova sobre os bens que compõe uma universalidade, sendo medida extremamente útil como preparatória de uma ação em que se discuta a partilha dessa universalidade, como, por exemplo, nas ações de inventário e partilha ou mesmo sua titularidade, como, por exemplo, na discussão sobre a propriedade de livros que compõe o acervo de uma biblioteca ou os animais que compõe um rebanho” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 673).

especial os processos italianos.²¹⁴ Na Alemanha, a partir de uma diretiva da União Europeia, a conciliação e a mediação foram privilegiadas e incentivadas em razão do assoberbamento de processos judiciais em andamento e em benefício da eficiência da justiça.²¹⁵

Já o sistema francês admite que o magistrado, a qualquer momento, pode suspender o processo e remeter as partes para a mediação extrajudicial.²¹⁶ Tal modelo caminha na perspectiva do *standard* proposto pela Diretiva 2008/52/CE, relativa à mediação em matéria civil e comercial, editada pelo Parlamento Europeu, em 21 de maio de 2008.

Na América Latina, o Código Processual Civil peruano²¹⁷ trata da conciliação no Capítulo I do Título XI, e o Código de Processo Civil chileno o faz em seu Título II.²¹⁸

Os meios alternativos para solução de conflitos têm sido cada vez mais valorizados. A mediação e a conciliação são expressamente incentivadas pelo Código de Processo Civil de 2015, em especial pela necessidade de redução da litigiosidade, ou seja, do número de processos judiciais nos tribunais, e essa certamente foi uma das bases para a positivação do instituto. Dentre as vantagens dos métodos alternativos para a solução de conflitos, pode-se destacar a inexistência de imposição de uma decisão às partes, o que possibilita que a resolução da controvérsia seja a melhor possível para elas, e a demanda para a produção antecipada da prova tem esse escopo e proporciona isso.

A autocomposição, por si só, não é um simples sinônimo de solução eficaz para o conflito. Contudo, a resolução de conflitos de forma não contenciosa é importante não apenas para a diminuição de processos, mas também até mesmo para a criação de uma cultura de menor litigiosidade. Porém, quando a realização de um acordo está aliada ao pleno e prévio conhecimento dos fatos subjacentes ao conflito, essa solução passa a ser efetiva para concretizar os escopos jurídicos, sociais e políticos do processo.²¹⁹

²¹⁴ PINHEIRO, Aline. **Corte europeia tenta acabar com lentidão judicial**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-dez-01/corte-europeia-tenta-obrigar-paises-resolver-lentidao-judicial>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

²¹⁵ PEREZ, Adriana Hahz. Métodos alternativos de solução de conflitos - ADR: The New German Mediation Law. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. 243, p. 2. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.243.23.PDF>. Acesso em: 04 dez. 2019.

²¹⁶ DE PALO, Giuseppe; TREVOR, Mary B. **EU mediation law and practice**. OUP Oxford, 2012. p. 129.

²¹⁷ PERU. **Código Procesal Civil Perú**. Disponível em: <<https://iberred.org/pt/node/195>>. Acesso em: 24 out. 2019.

²¹⁸ CHILE. **Código de Procedimiento Civil del Chile**. Disponível em: <<https://iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-civilchile.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2019.

²¹⁹ Sobre os escopos do processo, faz-se referência ao Professor Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 188-263).

Nesse sentido, o artigo 381, II, do Código de Processo Civil de 2015 passou a estabelecer expressamente que “a produção antecipada da prova será admitida nos casos em que a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito”.²²⁰

A possibilidade de autocomposição é a segunda utilidade que se pode observar da demanda para a produção antecipada da prova sem o requisito da urgência, já que, tendo consciência de sua real situação no contexto do conflito, as partes poderão seguir um meio alternativo de pacificação social. Esse aspecto evidencia, claramente, que as partes passaram a ter a oportunidade de utilizar a prova produzida para o potencial benefício de um acordo.

É interessante notar que essa hipótese de produção antecipada prevista no Código de Processo Civil exige que o autor demonstre um pouco mais de detalhes sobre o conflito no momento da propositura da sua demanda. Nesse sentido, Marcelo José Magalhães Bonizzi sustenta que caso o autor “pretenda antecipar provas para fins de autocomposição (art. 381, II), já há um litígio instaurado e as provas estarão voltadas exclusivamente para a solução desse litígio”, razão pela qual seria legítimo exigir que ele “forneça todos os detalhes que possuir”.²²¹ Isso porque, caso contrário, as partes terão dificuldade para entrar em um acordo e de nada adiantará a produção antecipada de provas. Com essa demanda, elas têm segurança de buscar o acordo, pois as bases estarão no processo para resolver o conflito.

Ainda segundo Marcelo José Magalhães Bonizzi, a necessidade de especificação da relação conflituosa nessa hipótese tem a ver com as chances que uma parte tem de convencer a outra de que a realização de um acordo seria uma escolha inteligente diante dos fatos apresentados e da prova que será produzida para comprová-los.²²²

Flávio Luiz Yarshell alertou sobre a resistência social de realizar a prova antecipada sem urgência em razão dos custos decorrentes do processo. A despeito dos custos, bem como da dificuldade de verificar matematicamente as chances de obter autocomposição com a

²²⁰ BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020.

²²¹ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 95 (nota de rodapé).

²²² “Há também outro motivo para essa exigência. Ocorre que as provas produzidas antecipadamente com esse objetivo têm a função de influir no convencimento da outra parte a aceitar um acordo ou, por exemplo, a instituição de arbitragem; caso contrário, ficará claro que ela estará resistindo injustificadamente à pretensão do autor. Assim, por exemplo, se o autor inicia um procedimento de produção antecipada de provas e deixa claro que o réu não tem razão, é muito provável que esse réu agora se sinta mais disposto a aceitar algum tipo de transação do que estava antes de tomar ciência da prova produzida” (BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 96).

realização da prova antecipada, é importante considerar que a realização da produção antecipada de provas tem aptidão de clarear elementos objetivos, de modo que as partes passem a efetivamente considerar a realização de um acordo.²²³

Assim, a produção antecipada de provas pode propiciar que as partes compreendam que um acordo é a melhor solução em vez da demora de um processo que poderá durar muitos anos até que o conflito seja resolvido por um terceiro.²²⁴

De fato, “o prévio conhecimento das partes a respeito de informações relevantes, potencialmente utilizadas em futura e eventual demanda voltada à declaração do direito, não somente possibilita a análise, pelas partes, das suas chances de êxito, mas também privilegia a construção de soluções autocompositivas”.²²⁵ Nessa perspectiva, o conhecimento prévio dos fatos representa uma condição para a adequada e efetiva aplicação do direito, e isso vale para os acordos e para as soluções heterocompositivas.

A solução autocompositiva, quando alcançada com fundamento em informações prévias e suficientes, confere às partes a aplicação do direito objetivo de forma mais adequada, tendo em vista que a pacificação do conflito por obra das partes certamente tem o condão de extinguir o conflito de forma substancial, e não simplesmente formal, como mais

²²³ “A questão, portanto, é do custo (pensado em seu sentido mais amplo) da prova antecipada no confronto com sua produção encartada no processo de conhecimento declaratório. Nesses termos, a indagação consiste, então, em saber o que, para o sistema, é menos oneroso: dispor-se a produzir a prova de forma antecipada e, a partir daí, estimular soluções de autocomposição ou, diversamente, reservar a prova para depois e apostar, primeiro, na conciliação (embora sem a prévia constituição de prova e, nessa medida, em estado de relativa ignorância acerca dos fatos relevantes e controvertidos, ainda que potencialmente). Para isso, aparentemente não há uma fórmula matemática, porque não parece possível determinar com exatidão os custos envolvidos numa e noutra alternativa. Não se duvida, no entanto, de que a proposta de antecipação da prova na forma aqui preconizada, em um sistema como o brasileiro, por exemplo, encontrasse séria resistência, que poderia ser ilustrada por uma cética indagação: por que antecipar a prova, com os custos daí decorrentes, a pretexto de se facilitar soluções de autocomposição, se essas mesmas soluções podem ser obtidas sem todo esse investimento prévio? Ou: por que antecipar o que pode ser feito mais adiante, com idêntica finalidade? Objeções dessa ordem, conquanto relevantes, não prevalecem. Como antes sugerido, a concepção de autocomposição sem melhor conhecimento dos fatos e disponibilidade de prova correspondente parece considerar que as partes se disponham a transigir ‘no escuro’; o que leva a suspeitar de que, sem elementos objetivos a permitir uma avaliação de suas chances de êxito, as partes considerem a conveniência de autocomposição a partir de outros fatores que, a rigor, não deveriam ser (os mais) relevantes no momento em que se cogita de uma conciliação” (YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 347-348).

²²⁴ “A antecipação da prova, enquanto mecanismo que traz às partes o conhecimento do suporte fático de futura e eventual demanda voltada à declaração do direito, privilegia a construção de soluções autocompositivas que se aproximem, no maior grau possível, da efetivação do direito positivo. E mais, eis que proveniente dos próprios titulares do conflito, a solução autocompositiva representa aquela mais capaz de pacificar com justiça” (LAUX, Francisco de Mesquita. **Relações entre a antecipação da prova sem o requisito da urgência e a construção de soluções autocompositivas**. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. 242, p. 467).

²²⁵ LAUX, Francisco de Mesquita. **Relações entre a antecipação da prova sem o requisito da urgência e a construção de soluções autocompositivas**. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. 242, p. 458.

um número. A viabilização de acordos pela utilização da produção antecipada de provas também se explica economicamente. À luz da prática da *discovery* norte-americana, afirma-se que o conhecimento dos fatos tem maior aptidão de produzir um acordo entre as partes.²²⁶

De outro lado, ainda que não se chegue a uma composição, a nova previsão do Código de Processo Civil de 2015 tenta evitar a judicialização imediata de demandas sem prejuízo de facilitar a autocomposição. Essa afirmação, inclusive, é proveniente da experiência do inquérito civil realizado pelo Ministério Público, pois, a partir dessas informações, tenta-se viabilizar a celebração de termos de ajustamento de conduta, a edição de recomendações administrativas, ou, ainda, a propositura de uma demanda mais fundamentada.²²⁷

Vale ressaltar que tanto a autocomposição como a solução adjudicada podem se mostrar inadequadas quando não respeitado o componente ético, retirado da própria exigência dos deveres de veracidade e lealdade processual. Caso não impostos tais deveres de maneira incisiva pelo juiz, não haverá como, na maioria dos casos, pacificar com justiça pelo alcance de solução intrapartes.²²⁸

A produção antecipada de provas, como mecanismo que traz às partes o conhecimento do suporte fático de futura e eventual demanda voltada à declaração do direito, privilegia a construção de soluções autocompositivas que se aproximem, no maior grau possível, da efetivação do direito e do processo. E mais, eis que proveniente dos próprios titulares do conflito, a solução autocompositiva representa aquela mais capaz de pacificar com *justiça*.

²²⁶ “A teoria dos jogos explica por que negociadores racionais às vezes deixam de chegar a um acordo e acabam indo a julgamento. Apesar de haver diversas linhas de argumentação, a explicação mais simples é que os julgamentos ocorrem porque as partes têm expectativas diferentes sobre o valor do julgamento: o autor da ação espera uma sentença maior no julgamento, enquanto o réu espera uma menor. Nessas circunstâncias, as partes são *relativamente otimistas*. Dado o otimismo relativo, o autor da ação exige um acordo maior, o réu oferece um menor e as duas partes não conseguem chegar a um acordo sem o envolvimento do tribunal. (...). O valor esperado da reivindicação judicial para as partes diverge por causa de *informações privadas* (ou *assimétricas*), ou seja, informações valiosas (o que os advogados chamam de ‘informações importantes’) de posse de apenas uma parte da disputa. Mesmo quando o otimismo relativo impede que as partes cheguem a um acordo extrajudicial em um primeiro momento, ainda é possível corrigir o otimismo relativo antes do julgamento e chegar a um acordo. Em outras palavras, a comunicação das más notícias é boa para os acordos” (COOTER, Robert; THOMAS, Ulen. **Direito & economia**. Tradução: Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 421-423).

²²⁷ CAMBI, Eduardo; DOTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d’Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Curso de processo civil completo**. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 738.

²²⁸ “As experiências de direito estrangeiro, citadas em momento anterior, parecem demonstrar a pertinência e adequação de medidas que ampliem a possibilidade de sancionamento de atos desleais praticados pelas partes. Já se destacou, aliás, que a própria produção antecipada da prova é capaz de condicionar a atividade posterior das partes: “quanto maior a amplitude da cognição prévia acerca da controvérsia, mais se pode exigir eticamente das partes em juízo, relativamente ao dever de veracidade” (YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 206).

Assim, a construção dessa hipótese de cabimento da produção antecipada de provas relaciona-se à premissa de que “uma solução autocompositiva, quando alcançada anteriormente à obtenção, pelas partes, de informações necessárias a respeito da situação conflituosa, pode ensejar a formalização de acordos absolutamente deletérios aos escopos do processo e da atividade jurisdicional”.²²⁹ É nesse contexto que a produção antecipada de provas representa um grande avanço no Código de Processo Civil de 2015, razão pela qual chega-se até mesmo a afirmar que se trata de uma verdadeira ruptura de paradigma.²³⁰

Flávio Luiz Yarshell afirma que “parece inegável” que a existência de elementos de instrução preliminares é um fator essencial para a verificação das chances e da tomada de decisão, seja pela propositura de demanda para a discussão do direito material, seja na sugestão de proposta de acordo.²³¹ Nesse sentido, entende-se que “a concepção de autocomposição sem melhor conhecimento dos fatos e disponibilidade de prova correspondente parece considerar que as partes se disponham a transigir ‘no escuro’”.²³²

A independência da produção antecipada de provas da antes denominada *demand principal*, que decorre da autonomia do direito à prova, possibilita que essa disposição do Código de Processo Civil de 2015 faça sentido para viabilizar soluções autocompositivas. Caso não houvesse a desnecessidade de propositura da demanda para a discussão da relação de direito material, a possibilidade de construção de soluções autocompositivas seria exatamente a mesma, nas quais as partes desejam obter o bem da vida.

²²⁹ LAUX, Francisco de Mesquita. Relações entre a antecipação da prova sem o requisito da urgência e a construção de soluções autocompositivas. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. 242, p. 458.

²³⁰ “Ahora bien, ¿cuál es el sentido de prohibir o interpretar restrictivamente la producción de algún tipo de prueba que pueda proporcionar a las futuras partes y al juez información trascendente y relevante en miras al conflicto, su análisis y resolución? ¿No deberíamos repensar la posibilidad de que las partes intercambien antes de judicializar el conflicto la información que detentan, para evaluar así de manera informada sus posiciones y el éxito de su eventual pretensión? ¿Cuánto ayudaría esto a componer o depurar los problemas en debate? ¿Cuánto se gana y qué se pierde con ello? ¿Es razonable exigir la deducción y tramitación de una parte substancial del proceso para determinar si era aconsejable promoverlo? Ante estos planteos entendemos evidente que la secuencia ortodoxa de los pasos con que se desenvuelve el proceso entra en una clara crisis. Una crisis que demanda, a nuestro modo de ver, la necesaria reformulación de aquél. (...). En consonancia con las objeciones expuestas, el nuevo CPC brasileño trae consigo una ruptura paradigmática en la materia que va en línea con la restructuración que ha ido adquiriendo el proceso civil en distintos lugares del mundo durante las últimas décadas y que encuentra, en las diversas formas de instrucción preliminar, su mejor expresión” (SUCUNZA, Matías A.; VERBIC, Francisco. Prueba anticipada en el nuevo Código Procesal Civil: un instituto relevante para la composición eficiente, informada y justa de los conflictos. **Direito Probatório**. Coordenadores: Fredie Didier Jr., Marco Félix Jobim e William Santos Ferreira. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 602).

²³¹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 347.

²³² YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 348.

É possível concluir que esse requisito autorizador da produção antecipada de provas representa um grande avanço no Código de Processo Civil de 2015. A realização de um acordo envolve concessões recíprocas e, a partir do momento em que se tem conhecimento dos seus pontos fortes e fracos, a pacificação do conflito pela autocomposição apresenta-se muito mais profícua e apta a resolver as crises de direito material. É evidente que a realização de uma composição envolve muitos outros elementos que a produção antecipada de provas pode não ser capaz de eliminar, porém, sem dúvidas, se mostra um instrumento potencial.

Com essa ressalva e com o entendimento de que a produção antecipada é um instrumento potencial para possibilitar acordos, passa-se à análise das demais hipóteses do artigo 381 do Código de Processo Civil.

2.5.2 O inciso III do artigo 381 do Código de Processo Civil de 2015

O inciso III do artigo 381 do Código de Processo Civil de 2015 dispõe que a produção antecipada de provas será admitida nos casos em que “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”.²³³

Em relação ao fundamento do mencionado inciso III, é possível separá-lo didaticamente em duas hipóteses. Por um lado, a parte pode deixar de propor a demanda. Por outro, a parte pode, com a produção antecipada de provas, ter ainda mais certeza de eventual demanda para a discussão da relação jurídica de direito material.

As duas situações podem confundir-se em certa medida, pois o cenário de fundo nessas alternativas é exatamente evitar conflitos despropositados ou que possam ser facilmente solucionados pelas próprias partes.

2.5.2.1 A possibilidade de evitar futuros litígios

Neste ponto, as considerações realizadas quanto à litigiosidade no Brasil nos tópicos anteriores se aplicam plenamente. Como visto, um dos motes do Código de Processo Civil

²³³ BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020.

de 2015 foi o incentivo aos métodos adequados de resolução de conflitos, especialmente no intuito de reduzir o número de processos judiciais nos fóruns e tribunais.

Assim como ocorre na hipótese anterior, a ideia da possibilidade de evitar futuros litígios decorre, sem dúvida, da obtenção de mais detalhes acerca dos fatos para que seja possível afastar a propositura da futura demanda para a discussão do direito material.

Primeiramente, pode-se evitar, por exemplo, a propositura de demanda caso o resultado obtido não seja o esperado pelo hipotético autor da ação de produção antecipada de provas. Ou seja, pode-se perceber que não há elementos suficientes para corroborar uma demanda para a discussão do direito material. Evita-se, portanto, demandas infundadas.²³⁴

Essa é uma situação distinta da solução de autocomposição. É possível que a produção antecipada de provas seja proposta e, diante da insuficiência das provas produzidas e da ausência de pretensão de direito material da parte contrária, seja evitada a propositura de uma outra demanda para a discussão do conflito. Assim, evita-se a improcedência dos pedidos na futura demanda, o que contribui para a redução de processos perante o Poder Judiciário, que está relacionada à efetividade do processo na medida em que não se trata apenas de redução de processos pela impossibilidade de acessar a justiça, mas de uma decisão acertada e fundamentada da parte de não propor mais essa demanda..

2.5.2.2 A viabilização da futura demanda

Também à luz do inciso III, é possível verificar a importância da produção antecipada de provas no que se refere à reunião de elementos para a verificação da viabilidade da futura demanda que poderá discutir a relação jurídica de direito material.

Inicialmente, vale destacar que tecnicamente não se trata simplesmente da possibilidade de *viabilizar* a propositura de uma demanda, pois essa hipótese não tem a ver com os requisitos que possibilitam a propositura de uma demanda. Trata-se da possibilidade

²³⁴ “Isso pode revelar-se indispensável, por exemplo, para que a parte, devidamente informada sobre fatos que circundam situação jurídica por ela vivida tenha condições de avaliar suas chances de êxito em eventual processo de certificação de direito material, e adote, conscientemente, a postura que lhe parecer mais adequada: (a) seja com a instauração do processo de cognitivo, visando discutir o direito material; (b) seja com o prosseguimento do processo cognitivo já instaurado; (c) seja, simplesmente, empreendendo esforços para chegar a uma autocomposição” (DIDIER Jr., Fredie. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, v. 218, p. 17).

de a produção antecipada de provas se prestar a melhor embasar uma demanda.²³⁵ Nesse sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves afirma que “Essa hipótese diz respeito à necessidade de produção da prova como forma de preparar a pretensão principal”, o que contribuiria para a elaboração de uma petição inicial com elementos substanciais.²³⁶

De fato, se não houver autocomposição ou se não for evitada a propositura de uma demanda para a discussão da relação conflituosa, no mínimo, a produção antecipada de provas se presta a antecipar elementos probatórios indispensáveis, que contribuirão, inclusive, para a valoração da prova futuramente.

Flávio Luiz Yarshell pondera que “embora a prova antecipada sirva para orientação das partes, e não propriamente do juiz, a valoração do material por esse último, ainda que mera expectativa ou como mera projeção, há que ser considerada pelos interessados”.²³⁷

Essa afirmação é importante, pois as partes não vão recorrer ao Poder Judiciário simplesmente para avaliar as suas chances de propor uma futura demanda, mas de efetivamente verificar os seus limites e a sua extensão.

Em relação ao interesse de agir e à consideração da viabilidade do processo de declaração do direito, Flávio Luiz Yarshell também afirma que “A avaliação das chances, a partir da prova produzida antecipadamente, dá-se em função da expectativa de decisão no processo no qual se haverá de aplicar o direito material”.²³⁸

Pelo lado do réu, a produção da prova também é relevante para que ele melhor se defenda, na medida em que ele passará a conhecer as pretensões do autor, bem como os elementos probatórios que foram produzidos com a produção antecipada.

Assim, por meio da produção antecipada de provas, ainda que não evite um processo ou que não possibilite a autocomposição, há incontestáveis benefícios para um processo mais efetivo, que implicará em uma solução justa do conflito.

²³⁵ Nesse sentido, vale destacar que a introdução dos procedimentos probatórios prévios no direito inglês também tinha esse objetivo: “The object of the plaintiff’s pleading was ‘not to state the facts which plaintiff would prove on the trial, but to identify the claim, to indicate its legal nature, and to specify the relief which the plaintiff sought; and thus to enable the defendant to decide whether he would resist the claim or submit to it, and to assist the judge in framing his sentence’” (RAGLAND JR., George. **Discovery before Trial**. Chicago: Callaghan and Company, 1932, p. 13-14).

²³⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 673.

²³⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 320.

²³⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 353-354.

2.6 A JUSTIFICAÇÃO E A EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO OU COISA: DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 AO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Por fim, como são temas relacionados à produção antecipada de provas, é importante mencionar brevemente a justificação e a exibição de documentos.

O Código de Processo Civil de 1973 estabelecia três ações probatórias: (i) a produção antecipada de provas em sentido estrito, que era referida nos artigos 846 a 851; (ii) a justificação, antes prevista nos artigos 861 a 866; e (iii) o procedimento de exibição de documentos, então estabelecida nos artigos 355 a 363.

Como mencionado, a produção antecipada de provas do Código de Processo Civil de 1973 restringia-se às hipóteses de urgência com relação às provas oral, incluindo depoimento pessoal e a inquirição de testemunhas, e à prova pericial em sentido amplo.

A justificação, por sua vez, limitava-se à prova testemunhal. Humberto Theodoro Júnior sintetiza que a justificação “consiste na colheita avulsa de prova testemunhal, que tanto pode ser utilizada em processo futuro como em outras finalidades não contenciosas”.²³⁹ Dois exemplos comuns são a comprovação de tempo de serviço para requerer o benefício da previdência social, bem como a existência de uma união estável.

Tratava-se de um procedimento sem contraditório apenas com o objetivo de documentar a prova testemunhal, inclusive com a previsão do parágrafo único do artigo 866 de que “o juiz não se pronunciará sobre o mérito da prova, limitando-se a verificar se foram observadas as formalidades legais”.²⁴⁰ Apesar da sua identificação no capítulo dos procedimentos cautelares específicos, não havia menção ao caráter de urgência na realização da prova, razão pela qual se afirma que “a justificação não é ação cautelar, pois não visa *assegurar prova*, mas sim *constituir prova*, e não se funda no *periculum in mora*”.²⁴¹

Ou seja, antes mesmo do Código de Processo Civil de 2015, não se exigia o requisito da urgência para evidenciar algum fato ou relação jurídica.

²³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: volume II. 49. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 663.

²⁴⁰ BRASIL. **Código de Processo Civil de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020.

²⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: volume II. 49. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 663.

A exibição de documentos, por sua vez, também era prevista como ação cautelar específica. Igualmente, essa demanda, muito embora tenha sido prevista no capítulo dos procedimentos cautelares específicos, “o certo é que pode ela ser admitida em satisfação também de pretensões de direito material autônomas”.²⁴²

A sistematização das ações probatórias cautelares mencionadas não fazia sentido já no Código de Processo Civil de 1973. Em razão disso, os procedimentos da produção antecipada de provas e da justificação foram unificados, e a exibição de documentos passou a ser corretamente prevista no rol dos meios de prova e não mais como cautelar.

Quanto à justificação, foi realizada uma mudança no procedimento do Código de Processo Civil de 2015, em especial por conta da inclusão do artigo 381, §5º, que dispõe que: “Aplica-se o disposto nesta Seção àquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção”.²⁴³

Assim, é suficiente que a parte demonstre, em sua petição inicial, as razões pelas quais deseja justificar a existência de um fato ou relação jurídica, o que, à luz da produção antecipada do Código de Processo Civil de 2015 e como já previsto na legislação anterior, não necessita estar vinculada a uma demanda futura.

No que se refere à exibição de documento ou coisa, o assunto está disposto nos artigos 396 a 404 do Código de Processo Civil de 2015, que deixou de ser um processo autônomo cautelar. Assim, entende-se que a exibição de documento ou coisa como procedimento específico deixou de ser uma demanda cautelar autônoma para ter lugar apenas incidentalmente, quando um processo já estiver em curso.

Assim, para a exibição de documento ou coisa de forma antecedente e autônoma, a parte deverá utilizar-se da produção antecipada de provas. Nesse sentido, Eduardo Talamini afirma que “quando houver interesse jurídico na exibição prévia de documentos, por razões de urgência ou não, caberá o emprego da medida de produção antecipada”.²⁴⁴

²⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: volume II. 49. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, p. 633.

²⁴³ BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020.

²⁴⁴ TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**. São Paulo: Editoria Revista do Tribunais, 2016, v. 260, p. 82. Também nesse sentido, destaca-se o entendimento de Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello, que afirmam que “Para exibição de documento ou coisa que se encontra na

A despeito disso, vale mencionar a divergência de interpretação do Tribunal de Justiça de São Paulo recentemente. A título exemplificativo, por um lado, defende-se que, dentre as hipóteses que autorizam a produção antecipada de provas tal como prevista no Código de Processo Civil de 2015, está a exibição de documentos, razão pela qual não prospera a alegação de ausência de interesse de agir.²⁴⁵

Já de outro lado, afirmou-se que não haveria interesse de agir na produção antecipada de provas para a exibição de documentos; isso porque, além de não se encaixar nas hipóteses do artigo 381, o Código de Processo Civil de 2015 somente permitiria a exibição de documento ou coisa incidentalmente.²⁴⁶

Não obstante a divergência de interpretação jurisprudencial, deve-se entender que, se não houver processo em andamento, a exibição de documento ou coisa por meio de processo autônomo é possível, o que deve ser requerido por meio da produção antecipada de provas.²⁴⁷

posse da parte contrária, o procedimento previsto é o incidente de exibição de documento ou coisa regulado nos arts. 396 a 400 do NCPC, que terá lugar se já houver uma ação em andamento. Caso não haja, a parte poderá lançar mão de ação probatória autônoma, com fundamento no art. 381 do NCPC” (ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 680).

²⁴⁵ “Ação de produção antecipada de provas – Pretensão de exibição de faturas de consumo desde a contratação do ‘Plano Controle’. Incompetência territorial – Competência relativa que deveria ter sido arguida pela ré em preliminar de contestação – Prorrogação da competência como consequência jurídica – Inteligência dos arts. 64 e 65 do CPC – A ação foi ajuizada no local de produção da prova, em observância ao art. 381, §2º, do CPC – Preliminar repelida. Interesse processual – Possibilidade de ajuizamento da produção antecipada de provas como incidente processual autônomo objetivando a exibição de documentos (arts. 381 a 383, do CPC) – Existência de prévio pedido administrativo como requisito de interesse de agir – Desatendimento em prazo razoável – Documentos não exibidos pela ré nem com a contestação – Resistência caracterizada – Cabível a fixação de honorários de acordo com os princípios da causalidade e sucumbência – Verba honorária arbitrada de forma a bem remunerar o trabalho do patrono da autora, não comportando redução – Sentença mantida – Recurso negado. Recurso negado” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1003223-89.2019.8.26.0482**. Relator: Francisco Giaquinto. Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado. Foro de Presidente Prudente - 1ª Vara Cível. Data do Julgamento: 02/12/2019. Data de Registro: 02/12/2019).

²⁴⁶ “Apelação – Ação de produção antecipada de provas – Pretensão à exibição de contrato celebrado com o apelante – Sentença de procedência – Pleito de reforma da sentença, pelo apelante – Cabimento – Preliminar – Ausência de interesse processual, alegada pelo apelante – Acolhimento – Não é mais possível o ajuizamento de ação de produção antecipada de provas para requerer a exibição de documentos – Sentença reformada – Apelação provida, julgar extinta a ação, sem resolução do mérito, nos termos do art. 485, VI, do CPC, com a condenação do apelado ao pagamento do ônus sucumbencial” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1002526-55.2018.8.26.0045**. Relator: Kleber Leyser de Aquino. Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado. Foro de Arujá - 2ª Vara. Data do Julgamento: 03/12/2019. Data de Registro: 03/12/2019).

²⁴⁷ Nesse sentido, vale destacar o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça em 08.11.2018, pelo qual se pode concluir que não prosperará o entendimento de ausência de interesse processual na propositura de demanda autônoma para a exibição de documento ou coisa: “Processual civil. Recurso Especial. Exibição de documento. Ação autônoma. Procedimento comum. Ação de produção antecipada de prova. Interesse e adequação. 1. Admite-se o ajuizamento de ação autônoma para a exibição de documento, com base nos arts. 381 e 396 e seguintes do CPC, ou até mesmo pelo procedimento comum, previsto nos arts. 318 e seguintes do CPC. Entendimento apoiado nos enunciados n. 119 e 129 da II Jornada de Direito Processual Civil. 2. Recurso especial provido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1774987/SP**. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma. Julgado em 08/11/2018. DJe 13/11/2018).

Assim, com essa breve menção à justificação e à exibição de documentos, serão analisados os desdobramentos do procedimento da produção antecipada de provas no Código de Processo Civil de 2015.

3 A NOVA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

Após o estudo das hipóteses que autorizam a produção antecipada de provas, analisar-se-á o seu procedimento, efeitos, limites e questões práticas, inclusive com a pesquisa das principais decisões da jurisprudência sobre o tema para sustentar o capítulo subsequente do trabalho, que tratará das questões relacionadas à efetividade do instituto.

3.1 A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS E A SUA NATUREZA JURÍDICA

Inicialmente, vale a menção aos aspectos que envolvem a natureza jurídica do instituto da produção antecipada de provas. A produção antecipada de provas está na Seção II do Capítulo XXI do Código de Processo Civil de 2015, capítulo que trata dos meios de provas admitidos para provar a verdade dos fatos das partes. A despeito dessa localização, não se pode considerar que a produção antecipada de provas seja um meio de prova.

Conforme observa-se das Seções seguintes deste Capítulo do diploma processual, o legislador apresenta as espécies probatórias específicas, a exemplo do depoimento pessoal e da prova documental, os quais têm natureza distinta da produção antecipada de provas. Assim, conclui-se desde logo que ela não se trata de um meio de prova.

Como foi visto quanto às hipóteses, a produção antecipada de provas pode ser classificada de acordo com o requisito da urgência necessário à sua realização. O artigo 381, I, do Código de Processo Civil de 2015 fundamenta-se na urgência, e as demais hipóteses apresentadas pelo artigo 381, II e III, do Código de Processo Civil prescindem da verificação da urgência, tanto é assim que pode se servir a diversas finalidades.

Assim como no Código de Processo Civil de 1973, pode-se afirmar que a produção antecipada de provas fundada no artigo 381, I, do Código de Processo Civil de 2015 tem natureza cautelar, pois a característica de conservação da prova é intrínseca a essa modalidade.²⁴⁸ Mesmo nas situações em que a realização dessa providência probatória é

²⁴⁸ “Nítida natureza cautelar tem, todavia, a produção antecipada de prova com esteio no ‘fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação’ (art. 381, inc. I). Esse é um *risco* claramente associado aos efeitos perversos do tempo-inimigo, valendo então a produção antecipada de provas como um meio destinado a precaver o sujeito e seu possível direito contra o *periculum in*

fundamentada na urgência, e não no risco de inutilidade do *processo principal*, há o caráter de conservação de uma situação de urgência.²⁴⁹

Como foi explorado no capítulo 2, o Código de Processo Civil de 2015 positivou que a produção antecipada de provas pode ser realizada independentemente da existência de urgência, demanda pela qual será deduzida uma pretensão própria e desvinculada de um futuro processo para a discussão da relação jurídica de direito material. Com relação à produção antecipada sem o requisito da urgência, outras considerações podem ser realizadas.

Em relação à natureza jurídica da produção antecipada de provas, antes mesmo do Código de Processo Civil de 2015, Flávio Luiz Yarshell afirmou que “a natureza jurídica do direito à prova coincide com a natureza do direito de ação”,²⁵⁰ e, nesse sentido, “embora a produção antecipada da prova não envolva exatamente uma declaração, não parece despropositado cogitar de sua natureza constitutiva (positiva)”.²⁵¹ Isso porque, “uma vez que a prova seja produzida, a realidade está modificada”.²⁵²

Em razão disso, é possível afirmar que a natureza jurídica da produção antecipada de provas é de ação; trata-se de um procedimento específico para a produção dos meios de prova, razão pela qual ela não se confunde com eles. A título exemplificativo, por meio do depoimento pessoal, pretende-se obter a confissão de determinado fato, mas, pela produção antecipada de provas, não há a comprovação de fatos, e sim a produção de algum meio de prova antecipadamente com o objetivo futuro de realizar provas das alegações e defesas das partes envolvidas no processo. Apesar disso, haverá a constituição de uma situação jurídica.

Nessa linha, é importante estabelecer que a demanda para a produção antecipada de provas, embora se possa afirmar que não representa propriamente um litígio, consiste em

mora. Visa, como claramente se vê, à conservação de um elemento externo potencialmente útil ao processo, que são as *fontes de prova* postas em perigo. E, como é do entendimento geral, esse escopo de *conservação* é uma das mais profundas características essenciais das medidas cautelares” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume III. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 114).

²⁴⁹ Também nesse sentido, Humberto Theodoro Jr. afirma que “Na hipótese do inciso I, do art. 381, tem-se uma medida que desempenha tutela cautelar, justificada pelo risco de ficar a parte impedida de contar com a prova, caso tenha de aguardar o desenvolvimento normal do processo principal para produzi-la” (THEODORO JÚNIOR, **Curso de Direito Processual Civil**: volume I. 58. ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2017, p. 940).

²⁵⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 313.

²⁵¹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 313.

²⁵² YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 314.

procedimento jurisdicional,²⁵³ e não administrativo ou extrajudicial, pelo que se entende que ela pode ser judicial ou até mesmo arbitral, que representam a atribuição de jurisdição.²⁵⁴

Em sentido diametralmente oposto, destaca-se o posicionamento de Antônio do Passo Cabral, que afirma que a produção antecipada de provas não consistiria em processo jurisdicional, com o qual não se concorda, na medida que o litígio potencialmente existe.²⁵⁵

Também pode-se destacar que há quem considere que a produção antecipada de provas consiste em procedimento *suis generis*, ou seja, que não teria caráter jurisdicional, porquanto, muito além de haver litígio no processo, ele não respeitaria as garantias constitucionais do processo aplicáveis.²⁵⁶ Conforme já abordado no tópico 1.3, a produção antecipada de provas deve, sim, observar os princípios constitucionais e processuais.

²⁵³ Ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, em relação à natureza jurídica das denominadas cautelares probatórias, Daniel Amorim Assumpção Neves afirmou que “é importante afirmar que esses processos probatórios são espécies de processos jurisdicionais, sendo inadmissível crer em uma natureza administrativa ou qualquer outra que não a jurisdicional. Esse entendimento parece o mais correto até mesmo em situações em que as ações cautelares probatórias são destituídas de qualquer espécie de conflito de interesses, de modo a funcionar como homologação judicial dos interesses dos sujeitos que buscam o Poder Judiciário, ou ainda quando se produz uma prova sem que exista resistência do demandado” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, 9-10). Nesse sentido, Paulo Osternack Amaral também afirma que “A atividade estatal de produção de provas possui natureza jurisdicional. Não traduz atividade meramente administrativa” (AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 33).

²⁵⁴ “O vocábulo *jurisdição* é formado pela junção das palavras latinas *juris* (*jus, juris* = direito) e *dictio* (substantivo derivado do verbo *dico, dicere*, que significa *dizer*). *Juris-dictio* é, etimologicamente, dicção do direito ou *pronúncia do direito*, significando que, ao exercer a jurisdição, o juiz *diz o direito*. Seu significado semântico é contudo muito mais amplo no direito moderno, em que não existe, como no direito romano clássico, aquele confinamento da jurisdição estatal ao processo cognitivo” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume I. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 462). Como referência doutrinária, pois se entende que essa definição se afasta da concepção tradicional e técnica de jurisdição, vale mencionar que Ada Pellegrini Grinover afirmou que os métodos alternativos de resolução de conflitos também seriam classificados como jurisdição. No seu entendimento, “Jurisdição, na atualidade, não é mais poder, mas apenas *função, atividade e garantia*. E, sobretudo, *seu principal indicador é o de garantia do acesso à Justiça, estatal ou não, e seu objetivo, o de pacificar com justiça*” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 20).

²⁵⁵ “Ricordiamo qui i procedimenti probatori *ante causam*, già tanto studiati nella dottrina mondiale (ed ora incorporati nel Codice di Processo Civile Brasiliano del 2015, art.381), che hanno lo scopo di evitare il litigio mediante la rivelazione fattuale. Come immaginare che un procedimento di certificazione fattuale si inquadri pienamente in alcuni dei concetti di giurisdizione tradizionali?” (CABRAL, Antônio do Passo. Per un nuovo concetto di giurisdizione. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte: Editora PUC MINAS, 2015, v. 18, n. 35, p. 8. Disponível em: <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2015v18n35p107>>. Acesso em: 22 dez. 2019).

²⁵⁶ “Essas inovações legislativas criaram um método *suis generis* de satisfação do direito autônomo à prova. O procedimento da forma como desenhado – isto é, sem ‘réu’, em que não há contraditório e ampla defesa, tampouco garantia ao duplo grau de jurisdição – indica que o legislador não vislumbrou um caráter litigioso que demandasse a observância das garantias constitucionais do devido processo. A nosso ver, a falta de caráter litigioso – corroborada pela inobservância das garantias processuais – seria suficiente para constatar que a ação autônoma de produção de prova não tem como função a pacificação social, o que poderia, em tese, descaracterizá-la como exercício da função jurisdicional do julgador” (ZAKIA, José Victor Palazzi; VISCONTI, Gabriel Caetano. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Produção antecipada de provas em arbitragem e jurisdição. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 59/2018, p. 202).

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe, no procedimento, incongruências especialmente quanto ao exercício do direito de defesa e à tutela recursal, o que será visto no tópico 3.9. Contudo, não se pode concordar com o posicionamento de que a produção antecipada de provas tratar-se-ia de um mecanismo atípico e que não teria natureza jurisdicional. Além de tecnicamente não se identificar essa classificação, é possível afirmar que, independentemente de questões controvertidas existentes no procedimento de produção antecipada de provas, a sua natureza jurisdicional é indubitável.

Novamente, sob outro ângulo, o reconhecimento do caráter jurisdicional da produção antecipada de provas se justifica porque a conclusão sobre a natureza constitutiva da produção antecipada de provas “é relevante na determinação dos sujeitos que devem estar presentes na relação jurídica processual”.²⁵⁷

Nessa linha, e com base na premissa de que a produção antecipada de provas consiste em ação, ou seja, tem um caráter eminentemente jurisdicional, pode-se questionar se a jurisdição seria voluntária ou contenciosa, assunto que divide a doutrina.²⁵⁸

Ao tratar das *diligencias preliminares* previstas no sistema jurídico espanhol, Luis-Ramon Llorente Cabrelles afirma que o problema mais importante que há em torno do estudo da natureza jurídica do instituto é escolher como classificá-lo em atos de jurisdição voluntária ou de jurisdição contenciosa.²⁵⁹

Há quem defenda, no Brasil, que, a despeito do caráter jurisdicional, a produção antecipada de provas teria natureza de jurisdição voluntária. Fredie Didier Jr. classifica a produção antecipada de provas como sendo um procedimento de jurisdição voluntária. Em sua concepção, o procedimento de produção antecipada de provas seria de jurisdição

²⁵⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 316.

²⁵⁸ José Roberto dos Santos Bedaque afirma que “Segundo grande parcela da doutrina, a diferença entre jurisdição voluntária e contenciosa reside exatamente no plano do direito material. Naquela, não existiria lide, elemento essencial à caracterização desta última. Ambas, todavia, teriam por objetivo prestar a tutela jurisdicional. Na voluntária, a atividade judicial limitar-se-ia a compor, com a vontade dos interessados, a situação jurídico-processual indispensável à produção dos efeitos desejados” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 91).

²⁵⁹ “Como señala la doctrina, el problema más importante que se plantea en torno a esta cuestión es el relacionado con su naturaleza jurídica, es decir, si las diligencias preliminares son o pueden ser consideradas como acto de jurisdicción voluntaria o como acto de jurisdicción contenciosa. La polémica sobre esta cuestión no está zanjada, se trata a mí entender de criterios distintos que se han polarizado en estas dos posturas. Ambas evidentemente tienen sus defensores y sus detractores” (CABRELLES, Luis-Ramón Llorente. **Las diligencias preliminares en el proceso civil**. 2014. 482 f. Tese (Doutorado) – Universidade de Valência, Espanha, p. 25-26).

voluntária porque não haveria “necessidade de afirmação do conflito em torno da produção da prova”.²⁶⁰ Contudo, a desnecessidade não descaracteriza a potencialidade do conflito.

Na Espanha, a maior parte da doutrina afirma que as *diligencias preliminares* constituem procedimento de jurisdição voluntária em razão da aparente ausência de litígio, que é o que está exposto na legislação espanhola. Por um lado, embora seja discutível a natureza jurídica da produção antecipada de provas, parte da doutrina entende que há atos de jurisdição voluntária.²⁶¹ Esse entendimento decorre de que, a princípio, não há a realização de qualquer tipo de pretensão que não a produção da prova, daí por que tratar-se-ia de um procedimento de jurisdição voluntária.

Entretanto, na doutrina espanhola, essa concepção tem sido modificada, de modo que tem se entendido que o procedimento de produção antecipada de provas neste país sempre pressupõe a existência de um conflito.²⁶²

Em sentido distinto, Eduardo Talamini entende que não há como atribuir a natureza de jurisdição voluntária à produção antecipada de provas. Isso porque o juiz não apenas aplica o direito no que se refere à admissibilidade das provas que serão realizadas, mas também define as regras jurídicas que incidirão neste procedimento.²⁶³

²⁶⁰ “O processo autônomo de produção antecipada de prova é de jurisdição voluntária. Não é processo cautelar – não há sequer a necessidade de alegar urgência. A circunstância de poder haver conflito quanto à existência do direito à prova não o desnatura: é da essência da jurisdição voluntária a existência de uma *litigiosidade potencial*. É jurisdição voluntária pelo fato de que não *há necessidade de afirmação do conflito em torno da produção da prova*” (DIDIER JR., Fredie. *Produção antecipada da prova. Direito probatório*. Coordenadores: Fredie Didier Jr., Marco Félix Jobim e William Santos Ferreira. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 587).

²⁶¹ Em estudo sobre as *diligencias preliminares*, Tiele Espanhol Braun afirmou que “Dito isto, e retomando a questão da natureza jurídica das diligências preliminares, há correntes doutrinárias espanholas que defendem que este instituto preparatório da LEC é um ato de jurisdição voluntária, porquanto – sustentam essas correntes – a decisão do Tribunal não apresentará nenhuma resolução quanto à futura controvérsia jurídica. Em outras palavras, há ausência de litígio” (BRAUN, Tiele Espanhol. *Ação civil: atividades preparatórias e análise crítica das diligências preliminares à luz da Ley de Enjuiciamiento Civil* Espanhola. Curitiba: Juruá, 2019, p. 25).

²⁶² “En este mismo contexto un sector doctrinal es de la opinión, a mi juicio enteramente acertada, de que *la diligencia preliminar se insta siempre que ya existe un conflicto*, cuyos términos subjetivos y, quizás, objetivos no están debidamente aclarados, pero el conflicto existe. En la doctrina en su momento ya se argumentó a favor del carácter contencioso de las diligencias preliminares, con fundamento en una serie de consideraciones que en la actualidad entiendo están en plena vigencia. En primer lugar, si el legislador hubiera querido considerarlas como actos de jurisdicción voluntaria, y estando a la espera de que se promulgue la ley que regula esta materia, no las hubiera regulado de nuevo y más detalladamente en la nueva ley ritualaria. Evidentemente hubiera dejado vigentes los preceptos oportunos de la LEC de 1881” (CABRELLES, Luis-Ramón Llorente. *Las diligencias preliminares en el proceso civil*. 2014. 482 f. Tese (Doutorado) – Universidade de Valência, Espanha, p. 28).

²⁶³ “O requerimento judicial de produção antecipada de provas é ação (i.e., veicula um pedido de tutela jurisdicional) geradora de processo próprio. Hoje, mesmo a “jurisdição voluntária” tem sua natureza jurisdicional reconhecida pela maior parte da doutrina, a despeito de nela não se resolver propriamente um litígio. Mas a produção antecipada de prova nem sequer se trata de simples “jurisdição voluntária”. Por um lado, ela normalmente se insere no contexto de um conflito, ainda que não tenha por escopo diretamente o

O mesmo raciocínio foi apresentado por Flávio Luiz Yarshell em ensaio mais recente, ao sustentar com coerência que, na produção antecipada de provas, há a resolução de questões de fato e de direito que se relacionam à produção da prova requerida. A título de exemplo, pode haver situações de requisição de informações protegidas por sigilos bancário ou fiscal, bem como demais questões constitucionais que limitam a produção da prova. Nessas situações, o juiz terá não apenas que resguardar a produção da prova, mas decidir e aplicar a lei ao caso para estabelecer limites e preservar as garantias constitucionais.²⁶⁴

Ou seja, o caráter contencioso da produção antecipada de provas pode não apenas derivar da relação de direito material conflituosa, mas efetivamente da própria produção autônoma da prova, sua abrangência e limitações.²⁶⁵

O que ocorre é que, embora o procedimento da produção antecipada de provas seja simples, o fato é que produção antecipada de provas é muito complexa no seu desenvolvimento, o que possibilita o surgimento de situações diversas até a sua conclusão, a exemplo, da ampliação objetiva, ampliação subjetiva, vinculação ou não a uma eventual demanda futura, alteração da relação entre as partes, dentre outras.

resolver. Por outro, pode estabelecer-se um conflito específico relativamente à própria produção da prova (por exemplo, o demandado resiste, não permitindo acesso às fontes probatórias). Em qualquer caso, o juiz substitui-se às partes: atuando como terceiro imparcial, define as normas jurídicas incidentes sobre os fatos postos, relativamente à admissibilidade e modo de produção da prova” (TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, v. 260, p. 77).

²⁶⁴ “Assim ocorre porque ela não dispensa a atuação do direito objetivo em situação concreta mediante a edição de atos decisórios. Há resolução de questões de fato e de direito – referentes à admissibilidade e ao modo de realização da prova. A rigor, a atuação do direito objetivo não se limita ao campo processual. 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 ao 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, Flávio Luiz. Da Produção Antecipada da Prova. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Coordenadores: Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.028).

²⁶⁵ Sobre a inexistência de conflitos nos procedimentos de jurisdição voluntária, José Roberto dos Santos Bedaque afirma que “De qualquer modo, é à luz de circunstâncias inerentes à relação jurídica substancial que são apontadas eventuais diferenças entre as funções do juiz no exercício da jurisdição voluntária e aquelas desenvolvidas no processo contencioso. Fala-se que a distinção é genérica, pois a jurisdição voluntária não surge de um conflito, mas de uma convergência de interesses. Uma das características da jurisdição graciosa seria a absoluta identificação entre pedido mediato e imediato” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 92). Também vale destacar, especificamente, a afirmação de que “o próprio processo de produção antecipada constitui realidade dialética, que pressupõe dois ou mais sujeitos em confronto. De fato, a antecipação da prova não se processa exclusivamente entre o promovente e o juiz, mas é sempre requerida ‘em face de outrem’, que outro não pode ser senão o adversário da lide principal” (SILVA, Gilberto Domingues da. Reflexões em torno da produção antecipada de prova. **Revista Jurídica do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, 1983, v. 98, p. 87).

Com uma posição mista, Leonardo Greco e José Maria Rosa Tesheiner acreditam que a jurisdição é voluntária quando a atividade do julgador no procedimento é de mera aquisição da prova, sendo, por outro lado, contenciosa ou não nos demais procedimentos, a depender da natureza do procedimento principal.²⁶⁶

Embora o conflito possa não estar presente desde o início do processo de produção antecipada de provas, não há a descaracterização do seu caráter contencioso. A simples potencialidade de haver questões que podem ser atribuídas a interesses distintos é suficiente para caracterizar a natureza da produção antecipada de provas de jurisdição contenciosa.

Diante do que é afirmado sobre o assunto, é possível sustentar, em conclusão sobre este ponto, que está presente o caráter jurisdicional contencioso da produção antecipada de provas. A questão da litigiosidade é relativa, pois, se, por um lado, em tese, pode não haver litigiosidade no início da demanda, por outro, ao longo da produção antecipada de provas pode-se desenvolver o litígio próprio, a qual se referirá à própria prova.

Assim, diante das considerações realizadas, entende-se pela natureza jurisdicional contenciosa da produção antecipada de provas, do que decorrem importantes consequências práticas, as quais serão mencionadas no desenvolvimento deste capítulo.

3.1.1 Caráter dúplice da produção antecipada de provas

A produção antecipada de provas, como consignado, viabiliza o exercício do direito autônomo à prova das partes e tem um conteúdo específico. Trata-se de demanda que objetiva apenas e tão somente a produção da prova, de acordo com as hipóteses previstas no artigo 381 do Código de Processo Civil de 2015.

Nesse contexto, a procedência da demanda de produção antecipada de provas significa a realização, por intermédio do Poder Judiciário, das providências probatórias requeridas. Considerando que o resultado da produção da prova poderá ser utilizado por quaisquer das partes envolvidas no processo, é possível afirmar que a sua procedência tem o mesmo significado para todos eles, com benefícios ou prejuízos às partes.

²⁶⁶ TESHEINER, José Maria Rosa. **Jurisdição Voluntária**. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 156. GRECO, Leonardo. **Jurisdição Voluntária**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 28.

Por essa razão, convém oportunamente destacar a natureza dúplice da produção antecipada de provas defendida por Flávio Luiz Yarshell.

Como se sabe, a natureza dúplice das ações resulta da situação de não haver distinção entre autor e réu, na medida em que os dois assumem essa posição de modo concomitante.²⁶⁷ Nas ações dúpliques em geral, “a discussão instaurada irá possibilitar a tutela de um bem da vida a ambas as partes, independentemente de suas posições processuais de autor e réu”.²⁶⁸

Embora o objeto do processo seja definido pelo autor, conforme lição de Flávio Luiz Yarshell, “a prova – entendida como atividade de verificação e de demonstração de fatos – tem para o réu, ainda que produzida por iniciativa do autor, a mesma função”,²⁶⁹ razão pela qual afirma-se que a produção antecipada de provas pode ser qualificada como dúplice.

A duplicidade da produção antecipada de provas não é a mesma das demandas nas quais a discussão se restringe ao direito material. Flávio Luiz Yarshell qualifica que a duplicidade na produção antecipada de provas tem uma nuance específica, pois, em se tratando de produção de prova, a distinção entre autor e réu não é relevante. Com a produção da prova, não se verifica uma automática consequência positiva para o autor. Isso porque, a demanda pode ser proposta tanto pelo autor, como também pelo réu, sendo que ambos utilizarão a prova produzida antecipadamente como melhor lhes convier.²⁷⁰

Por outro lado, na prática, o resultado da produção antecipada de provas proposta pelo autor pode favorecer o réu, seja porque ele poderá provar os fatos na eventual e futura demanda para a discussão da relação jurídica de direito material, seja porque, ainda, a

²⁶⁷ Para Antônio Carlos Marcato, “autor e réu ocupam simultaneamente ambas as posições subjetivas na base da relação jurídica processual, podendo o último obter, independentemente de pedido expresso (mas sem prejuízo dele), o bem da vida disputado como consequência direta da rejeição do pedido do primeiro” (MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 167-168).

²⁶⁸ DEMARCHI, Juliana. Ações dúpliques, pedido contraposto e reconvenção. **Leituras complementares de processo civil**. Coordenador: Fredie Didier Jr. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 360.

²⁶⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 329.

²⁷⁰ “Assim, poder-se-á falar de duplicidade desta forma: as peculiaridades da atividade probatória, se não são aptas a automaticamente fazer do autor um réu (e vice-versa), tornam irrelevante – ao menos se considerada produção de prova – a distinção entre eles. A prova requerida pelo demandante valerá e produzirá efeitos tanto para ele quanto para o demandado. A duplicidade reside em que a “procedência” da demanda – que, na verdade, significa a produção da prova requerida pelo autor – atua de forma igual para ambas as partes; ou, mais ainda: a prova requerida por iniciativa do autor poderá, quanto ao respectivo conteúdo, vir a favorecer o réu sem que, para qualquer uma dessas situações, tenha sido necessário que o demandado alargasse o objeto do processo, deduzindo outro pedido” (YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 330). Recentemente, ressalta-se também os comentários do autor nessa mesma linha (YARSHELL, Flávio Luiz. **Da Produção Antecipada da Prova. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Coordenadores: Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.038).

consequência da produção antecipada de provas pode servir como alerta até mesmo para que ele providencie a pactuação de um acordo com base nos elementos colhidos ao longo da produção antecipada de provas. Nas palavras de Flávio Luiz Yarshell, “Pior que uma prova desfavorável é, sem dúvida, uma sentença desfavorável”.²⁷¹

De mais a mais, apesar da desnecessidade de o réu proceder à dedução de pedidos na produção antecipada de provas, o fato é que, à luz do que se admite em outras situações (pedido reconvenicional), como será visto, é possível que o réu apresente o seu pedido de produção de outras provas que tenham relação com os fatos apresentados pelo autor.

Assim, à luz do posicionamento acima exposto, entende-se pela possibilidade de caracterizar a produção antecipada de provas como uma ação dúplice.

3.2 A PETIÇÃO INICIAL: ADMISSIBILIDADE, NECESSIDADE E RELEVÂNCIA DA PROVA

Conforme mencionado, entende-se que a produção antecipada de provas é uma demanda autônoma e com caráter jurisdicional contenciosa. Em decorrência disso, a petição inicial da produção antecipada de provas deve cumprir os requisitos dos artigos 319 e 320 do Código de Processo Civil de 2015.²⁷²

Vale destaque para o inciso VI do artigo 319, que dispõe que, na petição inicial, deve-se indicar “as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados”.²⁷³ Conforme já mencionado anteriormente, o objeto do processo de produção antecipada de provas é a realização da prova por meio do exercício do direito à prova.

²⁷¹ “Mas a duplicidade reside da circunstância – que ora fica reafirmada – de que existe interesse do demandado na produção antecipada da providência de instrução, na medida em que o respectivo resultado possa favorecê-lo. Reitere-se que mesmo a prova cujo conteúdo seja desfavorável ao réu atende, em certa medida, aos interesses da parte desfavorecida, na medida em que lhe serve de advertência, evitando os encargos ainda piores que possam decorrer de um resultado desfavorável no processo cujo objeto seja a declaração do direito. Pior que uma prova desfavorável é, sem dúvida, uma sentença desfavorável” (YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 330).

²⁷² Ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, com a ressalvas das peculiaridades do então procedimento cautelar, defendia-se que “A inicial da ação cautelar de asseguarção de prova deverá obedecer aos mesmos requisitos declinados para a petição inicial do processo de conhecimento (CPC, arts. 282 e 283); além do quanto regulamentado nos dispositivos que integram o procedimento geral cautelar (CPC, arts. 801 e 802)” (VIEIRA, Christian Garcia. **Asseguarção de prova**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 122).

²⁷³ BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020.

Assim, na medida em que não se está a discutir a verdade dos fatos do conflito subjacente a esta demanda, esse inciso não deve ser aplicado à petição inicial da produção antecipada de provas. No máximo, seria possível imaginar que o autor deverá indicar as provas com as quais pretende provar a admissibilidade da sua pretensão, vale dizer, o seu direito autônomo à prova. Como será demonstrado, o autor deverá apresentar as provas da existência da relação jurídica que o autorizaria a produzir provas antecipadamente consideradas as finalidades e hipóteses do artigo 381 do Código de Processo Civil de 2015, o que não se relaciona com a produção de provas para atestar o seu eventual direito material.

Especificamente com relação à demanda de produção antecipada de provas, o artigo 382, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015, prevê que “na petição, o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair”.²⁷⁴

Desse modo, o autor deve indicar os fundamentos que respaldem a necessidade da realização das providências jurisdicionais. Com isso, será possível constatar ou não o interesse de agir do requerente da produção antecipada de provas. Essa disposição é praticamente igual àquela já estabelecida pelo Código de Processo Civil de 1973.²⁷⁵

A ideia mencionada no dispositivo processual é a de que, caso não seja demonstrada a necessidade de produção antecipada da prova, bem como os fatos em relação aos quais essa prova será produzida, a petição inicial deve ser indeferida, com a consequente extinção do processo sem resolução do mérito. Diante disso, algumas considerações podem ser realizadas no intuito de identificar o interesse de agir na produção antecipada de provas.

Para Pontes de Miranda, a justificativa da produção antecipada de provas é prévia e sumária, pois “Basta simples nomeação precisa dos fatos, com o que confirme a alegação. Nesse sentido é que está a referência à sumariedade”.²⁷⁶

²⁷⁴ BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020.

²⁷⁵ “Art. 848. O requerente justificará sumariamente a necessidade da antecipação e mencionará com precisão os fatos sobre que há de recair a prova” (BRASIL. **Código de Processo Civil de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020).

²⁷⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo XII: arts. 796-889. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1976, p. 273.

Essa é uma demonstração de que, como em todo processo, é imprescindível que haja a demonstração do interesse de agir.²⁷⁷ O interesse de agir é tradicionalmente explicado em duas facetas (interesse-necessidade e interesse-adequação).²⁷⁸

À luz do raciocínio utilizado nas demandas não probatórias, a questão que se coloca é a linha tênue existente entre a justificativa das razões que demonstram a necessidade da prova do mérito da própria eventual e futura demanda para a discussão ao direito material.

Não há dúvidas de que o direito em discussão na produção antecipada de provas é o direito à prova, e não o direito de provar os fatos para obtenção do bem da vida. Entretanto, não é raro que haja certa confusão para constatar o interesse de agir sem que se verifique a relação de direito material principal que confere subsídio à produção antecipada de provas.

Para que se conceba a necessidade de produção antecipada da prova, é preciso, no mínimo, analisar os fatos que consubstanciam o conflito. Desse modo, a necessidade de requerer a antecipação da prova é o interesse processual.

Quanto às condições da ação, Flávio Luiz Yarshell afirma que “as condições do direito à prova devem considerar elementos contidos tanto no plano material quanto no plano processual”.²⁷⁹ Assim, a constatação do interesse processual na produção antecipada de provas tem relação com a demonstração, na petição inicial, da relevância da prova a ser produzida, com a indicação clara dos motivos pelos quais o pedido deve ser admitido.

²⁷⁷ No direito francês, também se afirma que o interesse é a “condição central” da ação. É possível, inclusive, afirmar que “sem interesse, não há ação” e que “interesse é a medida de ação”. Quem propõe a demanda deve demonstrar interesse; se não for provável que o exercício da ação ofereça alguma utilidade à pessoa que toma a iniciativa, o pedido deve ser declarado inadmissível e rejeitado. Conforme afirma Isabelle Després, “L'intérêt est la «condition centrale» de l'action. La formulation des maximes «pas d'intérêt, pas d'action» et «l'intérêt est la mesure de l'action» l'atteste. Quiconque forme une demande en justice doit justifier d'un intérêt ; si l'exercice de l'action n'est pas susceptible d'offrir une certaine utilité à celui qui en prend l'initiative, la demande doit être déclarée irrecevable et rejetée” (DESPRÉS, Isabelle. **Les mesures d'instruction in futurum**. Paris: Dalloz, 2004, p. 24).

²⁷⁸ No tocante ao legítimo interesse processual, José Roberto dos Santos Bedaque afirma que “As condições da ação constituem, sem dúvida – e desde que compreendidas dentro de seus devidos limites –, noção extremamente útil à visão instrumentalista do direito processual e à relativização do binômio direito-processo. Veja-se, por exemplo, a ideia de interesse, concebida como utilidade da prestação jurisdicional em função de seus escopos, todos ligados ao direito material. O Estado prevê medidas processuais adequadas para cada situação de direito material. Para verificar a presença do interesse, indaga-se, à luz dos fatos narrados pelo autor e com dados da relação substancial, se o provimento judicial pleiteado será útil para o fim do processo; se a medida requerida é necessária e adequada aos objetivos jurídicos, políticos e sociais do processo, estes também exteriores à relação processual. Todo este exame, portanto, é feito com os olhos voltados para fora do processo, para a situação da vida trazida à apreciação do juiz. Verifica-se se o instituto escolhido é útil, necessário, adequado ao seu objeto” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 114).

²⁷⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 338.

Também deve-se aclarar a situação de potencial autor de alguma possível demanda e a razão pela qual a prova precisa ser produzida perante o Poder Judiciário.²⁸⁰

Flávio Luiz Yarshell separa a necessidade da prova da sua adequação, assim como a doutrina classifica o interesse de agir na concepção que se conhece. Nesse sentido, destaca-se que “A inadequação da prova antecipada pode até ser reconhecida; não porque é antecipada, mas porque a própria prova, diante da natureza dos fatos submetidos ao órgão judicial, não se revele apta à finalidade básica e essencial de todo meio de prova”.²⁸¹

Diante disso, o interesse de agir para a produção antecipada de provas tem a ver com a identificação das relações jurídicas de direito material envolvidas para que seja possível identificar se, diante desse contexto, a produção antecipada de provas não se mostra inútil ou mesmo abusiva. Ainda, pode-se verificar se a providência é necessária.

Como afirma Flávio Luiz Yarshell, “a prova, mesmo que produzida de forma preliminar, sempre há que guardar nexos com uma afirmada relação de direito material – atual ou potencialmente conflituosa”.²⁸² Isso porque “a necessidade da prova depende da exposição de um substrato fático mínimo e coerente com a prova que se quer produzir”.²⁸³

De outro lado, a causa de pedir da produção antecipada de provas é o detalhamento das razões que justificam a necessidade de antecipação e a menção específica dos fatos sobre os quais a prova recairá. O pedido deve ser certo e determinado (artigos 322 e 324 do Código de Processo Civil de 2015), com as suas especificações.²⁸⁴

Como causa de pedir da produção antecipada de provas, o autor deve esclarecer na petição inicial a relação e pertinência entre o que se pretende provar ou investigar e a relação jurídica de direito material relacionada. Como não poderia deixar de ser, essa exposição é

²⁸⁰ “De todo modo, tal como se dá com a medida cautelar de produção antecipada de provas do CPC revogado (art. 846 e seguintes), o autor (ou *promovente*, como nomeia expressamente o parágrafo único do art. 383 do novo CPC) de uma *ação probatória autônoma* deverá demonstrar a *relevância* da prova a ser produzida, indicando com clareza os motivos pelos quais deva ser processado seu pedido de produção antecipada de provas em juízo, a sua situação de potencial autor de alguma possível ação judicial e a razão pela qual a prova não poderia ser produzida sem o auxílio do Poder Judiciário” (ALVES, André Bruni Vieira. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência. **Direito probatório**. Coordenadores: Fredie Didier Jr., Marco Félix Jobim e William Santos Ferreira. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 565).

²⁸¹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 352.

²⁸² YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 321.

²⁸³ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 341.

²⁸⁴ Na produção antecipada de provas, é possível a cumulação simples de pedidos, ou seja, pode haver a produção de mais de um meio de prova.

fática e depende da evidenciação de determinados elementos essenciais que caracterizam a relação jurídica. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, “Como é natural em todo processo ou em um incidente como esse, cumprirá ao autor, ao postular a antecipação probatória, indicar as razões jurídicas e os fatos com fundamento nos quais a postula”.²⁸⁵

Nesse sentido, a prova deve ser útil ao autor (ou ao réu, na hipótese de que ele venha a propor uma reconvenção). A prova não deve, portanto, ser supérflua. Para Flávio Luiz Yarshell, “prova supérflua – e, nessa medida, desnecessária, porque contrária à economia processual – só se poderia entender aquela pela qual se pretendesse demonstrar fato já demonstrado”.²⁸⁶ Michele Taruffo também entende dessa forma.²⁸⁷

A despeito dessa disposição processual, entende-se que o indeferimento de um pedido de antecipação de prova deve ser analisado com cautela. Isso porque não é fácil supor um caso de indeferimento da produção antecipada de provas, a não ser que se esteja diante de uma hipótese de abuso do processo, e que o juiz tenha condições de analisar que há interesses diversos no pedido e que não deveriam ser aceitos.

Essa dificuldade também é acentuada em razão da possibilidade alargada pelo Código de Processo Civil de 2015 para que as partes possam propor a produção antecipada da prova para conhecer os fatos e analisar as chances de êxito para eventualmente propor uma futura demanda. Essa disposição implicaria a dispensa da indicação do motivo pelo qual a parte deseja se socorrer à produção antecipada de provas.

Assim, é necessário que os fatos objeto da produção antecipada de provas sejam indicados de forma precisa e específica.²⁸⁸ Nesse ponto, entende-se que podem ser objeto de prova não apenas os fatos, mas também relações jurídicas. Em síntese, o pedido a ser deduzido na produção antecipada de provas é o de que o autor ou o réu deseja provar determinados fatos ou relação jurídica por meios de prova, o que serão amplamente investigados ao longo do processo para atender à sua finalidade.

²⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume III. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 118.

²⁸⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 343.

²⁸⁷ TARUFFO, Michele. Il diritto alla prova nel processo civile. **Rivista di diritto processuale**, 1984, p. 78.

²⁸⁸ Michele Taruffo afirma que “La noción habitual de prueba de la que se ha partido se fundamenta sobre la idea de que la prueba sirve para establecer la verdad de uno o más hechos relevantes para la decisión. Esta idea puede ser expresada de distintas formas, pero un dato común y recurrente en las diversas culturas jurídicas es que el hecho es el ‘objeto’ de la prueba o su finalidad fundamental, en el sentido de que es lo que ‘es probado’ en el proceso” (TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Tradução: Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005, p. 89).

Ainda, também é certo que o autor, na petição inicial, deve indicar quais os meios de prova que pretende se valer para alcançar a sua finalidade, o que deve ser realizado a partir do detalhamento da produção antecipada de provas.²⁸⁹ Como exemplo, cabe ao autor indicar se pretende proceder à oitiva de testemunhas ou a realização de perícia antecipadamente.

Diante da conexão fática entre a produção antecipada de provas e a possível demanda para a discussão do direito material, é difícil aferir a pertinência do pedido de produção antecipada de provas sem analisar os fatos subjacentes e suas circunstâncias. Assim, considerada a autonomia do direito à prova, a inadmissibilidade de um pedido de produção antecipada de provas deve ser reconhecida apenas se não cumprido o objetivo do artigo 382, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015, que é uma regra para a organização da prova.

Quanto ao juízo de admissibilidade, mesmo antes do Código de Processo Civil de 2015, Flávio Luiz Yarshell afirmou que, diferentemente do que ocorre na demanda destinada à afirmação do direito material, ele não deve existir na produção antecipada de provas.²⁹⁰ Nesse sentido, ele prossegue e afirma de forma peremptória que “Não há, nesse contexto, espaço para extinção do processo sem julgamento de mérito”,²⁹¹ pois, em sua concepção, ou o autor não tem o direito à prova ou ele demonstrará a sua admissibilidade e viabilidade.

Para Flávio Luiz Yarshell, esse é o caráter concreto do direito à prova, e o interesse de agir deve ser analisado segundo os “indicadores ‘necessidade’ e ‘adequação’”.²⁹²

Não se deve utilizar esse dispositivo para adentrar ao mérito das questões que serão debatidas na possível demanda que venha a discutir o direito material, tampouco utilizar esse dispositivo para inviabilizar ou dificultar a produção antecipada de provas.

²⁸⁹ A esse respeito, Flávio Luiz Yarshell comenta que “Eventual deficiência na narrativa dos fatos que se quer investigar interfere com a antecipação porque, na verdade, prejudica a admissibilidade da prova. A atividade probatória representa – com maior ou menor intensidade – forma de invasão na esfera individual, a impor restrições a direitos como o sigilo, a intimidade, a privacidade, a inviolabilidade domiciliar e até mesmo a propriedade” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Da Produção Antecipada da Prova. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coordenadores: Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.031).

²⁹⁰ “No direito à prova – e ressalva feita ao mero e incondicionado direito de ingresso – não há como cindir os juízos de admissibilidade e de mérito, porque este último, como tantas vezes destacado, consiste tão-somente na pretensão de que a prova – suposto ser admissível – seja produzida de forma antecipada. Não há, ao menos em princípio, e salvo alguma ressalva que se possa fazer, valoração da prova, exceto quando essa se confunde com o próprio juízo de admissibilidade; o que apenas confirma a assertiva retro” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 322).

²⁹¹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 323.

²⁹² YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 323.

Isso porque, para afirmar a desnecessidade da produção antecipada de provas, “seria preciso negar a função que a prova, nesse caso, desempenha em relação às partes, isto é, de permitir a avaliação de seus ônus e de suas chances em juízo e, nessa medida, contribuir para soluções autocompositivas”.²⁹³

Com estas considerações sobre a petição inicial da produção antecipada de provas, deve-se afirmar que, antes do indeferimento da petição inicial, mais ainda na produção antecipada de provas, o autor deve ser intimado para emendar a petição inicial, nos termos do artigo 321 do Código de Processo Civil de 2015.²⁹⁴

Portanto, observa-se que não há critérios tão objetivos para a admissibilidade da petição inicial, tendo em vista que as hipóteses da produção antecipada de provas são amplas e, diante do objeto da produção antecipada de provas, é difícil a verificação de situações nas quais o pedido de produção antecipada de provas não poderia ser admitido.

3.3 LEGITIMIDADE ATIVA E LEGITIMIDADE PASSIVA

A legitimidade das partes na produção antecipada de provas é uma questão importante, não apenas por conta da prova antecipada, mas também pelos reflexos na possível demanda relacionada ao direito material, a qual se utilizará da prova produzida.

É lição basilar que os legitimados para figurar no processo, no polo ativo ou no polo passivo, são aqueles titulares dos interesses, ou seja, aqueles que façam parte da relação jurídica de direito material.²⁹⁵ No caso da produção antecipada de provas, o direito material envolvido é exatamente o direito à prova, o qual, por sua vez, deve ser bem analisado para que não se confunda com os titulares do direito material, haja vista a relação intrínseca que

²⁹³ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 340.

²⁹⁴ “Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial” (BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020).

²⁹⁵ Para Rodrigo da Cunha Lima Freire, “Como regra, o direito objetivo atribui, para agir em juízo diante de uma situação concreta, legitimação aos titulares da lide, por outras palavras, aos titulares da relação hipotética de direito material afirmada em juízo pelo autor, consoante os fatos narrados em sua petição inicial e os documentos que forem apresentados” (FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **As condições da ação no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 74).

há entre aquele que detém o direito material relativamente a alguma questão jurídica e aquele que tem o interesse de produzir determinada prova no que toca ao assunto.

Adota-se o entendimento de que é muito difícil analisar a legitimidade para figurar nos polos da demanda de forma completamente desvinculada do mérito.²⁹⁶

Flávio Luiz Yarshell afirma que a utilidade, que é um dos aspectos da legitimidade, se relaciona com a “titularidade de alguma posição no plano substancial”.²⁹⁷ De fato, “A autonomia que a lei conferiu à antecipação da prova não chega ao ponto de desligá-la da situação substancial”, na medida em que “é no plano material que estão os elementos indispensáveis à determinação do objeto e, especialmente, da utilidade da prova”.²⁹⁸

Assim, especificamente, a demanda para a produção antecipada de provas pode ser requerida por todos os sujeitos processuais, pessoas físicas ou jurídicas, que justifiquem a sua pretensão à luz dos requisitos necessários à demanda, seja ela fundada em urgência ou não, inclusive são legitimados aqueles que desejem conhecer melhor os fatos ou que pretendam documentar algo ou alguma situação sem a finalidade contenciosa, conforme o disposto no artigo 382 do Código de Processo Civil de 2015.

A “pertinência subjetiva”²⁹⁹ para estar no polo ativo ou no polo passivo é indiferente para a definição dos polos na eventual e futura demanda que discuta o direito material. Ou seja, se o autor propôs a demanda para produzir antecipadamente determinada prova, não necessariamente ele será o autor desta futura demanda. Isso porque pode ser que o autor entenda que o resultado da prova produzida não reforça o seu direito, mas o réu, ao seu turno, considerou que, diante dos elementos produzidos na produção antecipada de provas, ele tem

²⁹⁶ “A legitimidade processual nada mais é do que reflexo da própria legitimação de direito material. Da mesma forma que a validade e eficácia de um ato concernente a relação jurídica substancial depende de estar o agente investido de condição legal para praticá-lo, também o ato processual consubstanciado na demanda deve envolver sujeitos que, em tese, encontram-se naquela situação da vida trazida à apreciação do juiz. Se apenas o proprietário pode alienar, somente quem se diz proprietário tem legitimidade para reivindicar. É sempre a situação substancial afirmada que determina a legitimação” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 117).

²⁹⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 366. Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque também afirma que “Mas, para verificar se as condições da ação estão presentes e se o julgamento de mérito é admissível, ao menos em tese, o juiz terá de examinar a relação de direito material” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 110).

²⁹⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. Da Produção Antecipada da Prova. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Coordenadores: Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.034.

²⁹⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**: a relação processual ordinária de cognição. As relações processuais. 2. ed. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Editora Saraiva, 1965, p. 178.

mais chances de obter a procedência dos seus pedidos. Assim, nesse exemplo, o autor da produção antecipada de provas passará a ser o réu da demanda relativa ao direito material.

A título de exemplo, na hipótese de propositura de futura demanda para a discussão do direito material, somente se vincularão à prova produzida antecipadamente aqueles que participaram da produção antecipada de provas, em atenção ao princípio do contraditório.³⁰⁰ Daniel Amorim Assumpção Neves também defende essa premissa.³⁰¹

Em relação ao assunto, Flávio Luiz Yarshell afirma que “ordinariamente são legitimados aqueles em cujas esferas jurídicas se deve produzir, de forma direta e não apenas reflexa, a eficácia da sentença”.³⁰² Além dessa, pode haver também a legitimação extraordinária, quando “houver atribuição da titularidade da ação a determinada pessoa”.³⁰³

Flávio Luiz Yarshell também pondera que a definição da legitimidade na produção antecipada de provas depende necessariamente da observância ao contraditório e à ampla defesa. Isso porque há situações nas quais a parte não tem a ver com a relação jurídica de direito material controvertida, mas ele tem determinado documento ou possa sofrer alguma consequência a depender da realização da prova requerida pelo autor.³⁰⁴

³⁰⁰ “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. A prova produzida sem a presença do adversário é despida de valor, não sendo admissível no processo subsequente. Mesmo quando o escopo da produção antecipada não for o de assegurar ou pré-constituir a prova, mas sim o de incentivar a autocomposição ou permitir a avaliação de chances de eventual demanda, é relevante a participação do adversário: sua presença no procedimento probatório antecipado qualifica a prova, ampliando as chances de que ela cumpra essas funções. A antecipação da prova há de fazer-se no mesmo ambiente que se faria se não fosse antecipada, ou seja, sob o crivo do contraditório. Se, por um lado, se reconhece o direito autônomo à prova (essa é a base das novas hipóteses expressas de antecipação), cabe reconhecê-lo em sua plenitude, i.e., em sua dimensão bilateral, intersubjetiva” (TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**. São Paulo: Editoria Revista do Tribunais, 2016, v. 260, p. 93).

³⁰¹ “Como garantia do princípio do contraditório, seria, em tese, inadmissível a utilização de uma prova contra sujeito que não tenha participado de sua formação. É certo que, em situações excepcionais, conforme se verá no momento adequado, será possível tal ocorrência, aplicando-se ao caso concreto o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, mas isso nada tem que ver com a legitimidade passiva da demanda cautelar ora analisada, que, em regra, respeitará o princípio do contraditório por meio da exigência de que o réu do eventual processo principal tenha participado do processo cautelar de produção antecipada de provas” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 152).

³⁰² YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 363.

³⁰³ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 363.

³⁰⁴ “De tudo isso, o que se extrai de relevante é que, no âmbito do direito à prova, a afetação direta da esfera jurídica – que, por seu turno, não está necessária ou diretamente ligada à titularidade de uma dada relação de direito material – impõe a estrita observância do contraditório e da ampla defesa. A pretexto de se tratar de “terceiro”, não se pode subtrair ao sujeito em face de quem se exerce o direito à prova a possibilidade de expor e de demonstrar as razões pelas quais entende que a prova não possa ou não deva ser antecipada” (YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 365).

Em relação à legitimidade ativa no processo de produção antecipada de provas, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, Daniel Amorim Assumpção Neves afirmou que “Como regra, o autor da ação cautelar será também o autor da ação principal, à qual a primeira se refere em virtude da característica de instrumentalidade hipotética já analisada”.³⁰⁵ Contudo, ele excepciona esse posicionamento ao tratar da legitimidade ativa da produção antecipada de provas.³⁰⁶ Isso porque, como afirmado, “Em determinadas situações, até mesmo o sujeito que não se mostre nem autor nem réu de eventual processo principal poderá ingressar com a cautelar de produção antecipada de provas”.³⁰⁷

Assim, a produção antecipada de provas pode ser requerida por qualquer pessoa que deseje produzir a prova antecipadamente, desde que ela atenda aos demais requisitos e hipóteses previstos no Código de Processo Civil de 2015.

A legitimidade passiva é daquele em relação a quem a prova deve ser produzida, mas não necessariamente será aquele que poderá ser o réu na eventual e futura demanda que venha a discutir a relação jurídica de direito material. Todos os sujeitos processuais em relação a quem a demanda possa ser proposta deve integrar a produção antecipada de provas, ainda que a probabilidade de inclusão do réu seja mínima.

Sobre a legitimidade passiva, Daniel Amorim Assumpção Neves também já sustentava que “no pólo passivo do processo em análise, deve figurar um sujeito que participe de alguma relação jurídica com o requerente e que terá contra ele oposta, no processo principal, a prova produzida antecipadamente”.³⁰⁸

Ademais, é necessário destacar a importância da legitimidade das partes na produção antecipada de provas, pois, caso contrário, a utilização da prova em eventual demanda relacionada ao direito material constituiria vício de difícil convalidação.³⁰⁹

³⁰⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 146.

³⁰⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 146.

³⁰⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 150.

³⁰⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 152.

³⁰⁹ Nesse sentido, afirma Cassio Scarpinella Bueno que “Na hipótese de haver litisconsórcio necessário, somente contra todos os integrantes do pólo passivo da relação processual da ‘ação principal’ é que a produção antecipada de provas poderia ser proposta, sob pena de a ação cautelar de antecipação de provas ressentir de inconvalidável vício, qual seja, ausência de partes legítimas (ad causam e ad processum) e mesmo ausência de citação destas partes legítimas” (BUENO, Cassio Scarpinella. Aspectos polêmicos da produção antecipada de provas. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, v. 91, p. 332).

Diante do exposto, em conclusão preliminar, é possível afirmar que os titulares do direito material que futuramente poderá ser debatido, são os legitimados processuais na produção antecipada de provas.³¹⁰ Ainda nas situações nas quais a finalidade da produção antecipada de provas é simplesmente a de buscar a autocomposição ou verificar as chances de êxito em eventual e futura demanda para a discussão da relação jurídica de direito material, os sujeitos processuais devem ser aqueles que podem ser potencialmente atingidos, de modo a assegurar a eficácia da prova.

3.3.1 Citação dos interessados

Diante do que foi afirmado sobre a legitimidade de parte na produção antecipada de provas, pode-se concluir que é imprescindível a participação dos interessados na produção antecipada de provas, o que certamente influenciará a eventual futura demanda.

Nessa linha, o artigo 382, §1º, do Código de Processo Civil dispõe 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”.³¹¹

Em relação a esse dispositivo, Fredie Didier Jr. afirma que “A peculiaridade é que, neste procedimento, o juiz determinará, *até mesmo de ofício*, a citação dos interessados na produção da prova”.³¹² Caso o juiz entenda que o autor não indicou, na petição inicial, todos os sujeitos necessários à realização da prova, e que haveria outros interessados nessa relação jurídica, ele poderá determinar a sua citação de ofício, sendo esta uma “hipótese típica de intervenção *iussu iudicis*”.³¹³ Nesse sentido, também ensina Cândido Rangel Dinamarco.³¹⁴

³¹⁰ Nesse sentido, Flávio Luiz Yarshell ressalta que “Embora não seja possível afirmar peremptoriamente que titulares do direito à prova são, sempre e invariavelmente, os titulares do direito de ação declaratória (em sentido lato), essa titularidade é referência para a determinação de quem pode demandar e ser demandado” (YARSHELL, Flávio Luiz. Da Produção Antecipada da Prova. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Coordenadores: Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.034).

³¹¹ BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020.

³¹² DIDIER JR., Fredie. Produção antecipada da prova. **Direito probatório**. Coordenadores: Fredie Didier Jr., Marco Félix Jobim e William Santos Ferreira. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 592.

³¹³ DIDIER JR., Fredie. Produção antecipada da prova. **Direito probatório**. Coordenadores: Fredie Didier Jr., Marco Félix Jobim e William Santos Ferreira. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 592.

³¹⁴ “Ao dispor que ‘o juiz determinará, *de ofício* ou a requerimento da parte, a citação dos interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se inexistente caráter contencioso’, o art. 382, §1º, do Código de Processo Civil abre caminho para uma intervenção *jussu iudicis* (*supra*, n. 660). Por iniciativa própria e

A previsão no Código de Processo Civil de uma citação *ex officio* dos interessados objetiva a efetividade do processo, de modo a evitar que a produção antecipada de provas seja imprestável. Cândido Rangel Dinamarco afirma que essa disposição processual pretende “*ampliar o âmbito subjetivo da eficácia da prova que vier a ser produzida, para com isso imprimir maior utilidade a essa antecipação*”.³¹⁵ Desse modo, o sujeito a ser citado na demanda “será legitimado a participar com ampla liberdade do procedimento probatório como verdadeira parte e ao fim ficará, conforme o caso, vinculado aos resultados desfavoráveis da prova produzida ou beneficiado pelos resultados favoráveis”.³¹⁶

Por sua vez, Marcelo José Magalhães Bonizzi afirma que esse poder atribuído ao juiz deve ser “algo extraordinário”, pois ele apenas deve ser exercido se estiver evidenciado que o autor deveria ter incluído uma parte no polo passivo, mas assim não procedeu, o que invalidaria a prova a ser eventualmente utilizada em uma futura demanda.³¹⁷

Ademais, Cândido Rangel Dinamarco conclui que a ampliação subjetiva da demanda tem lugar com mais frequência na hipótese do inciso I em razão da recorrência da litigiosidade.³¹⁸ Contudo, a despeito da razoabilidade dessa premissa, essa intervenção também pode se verificar nos incisos II e III porque, muito embora o resultado da produção antecipada da prova possa vir a ser ou (i) a autocomposição ou a (ii) não propositura da uma futura demanda, isso não significa a ausência de litigiosidade, mas sim que, após a análise dos elementos probatórios, esse foi o resultado alcançado pelas partes.

independentemente de qualquer provocação poderá o juiz trazer ao processo antecedente da produção antecipada da prova um terceiro além daquele incluído na demanda do autor” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume III. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 119).

³¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume III. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 119.

³¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume III. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 119.

³¹⁷ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 102.

³¹⁸ “É pouco provável que ocorram situações nas quais se mostre oportuno o exercício desse poder na pendência de um *incidente* de produção antecipada de prova, porque ali as partes processuais já estarão definidas e dificilmente será o caso de levar a algum terceiro a eficácia da prova que vier a ser produzida. Mas não seria prudente negar em tese que isso possa acontecer. O emprego do fraseado *salvo se inexistente caráter contencioso* parece ter a finalidade de excluir iniciativas como essa nas hipóteses dos incs. II e III do art. 381, porque, em princípio, verdadeira litigiosidade só haverá na hipótese do inc. I (medida cautelar visando a uma causa já posta em juízo ou a ser ali deduzida). O § 5º do art. 381 prevê explicitamente a hipótese de esclarecimento ‘de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter contencioso’ – abrindo com isso caminho para a admissão da antecipação probatória até mesmo em caso de litigiosidade *zero*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume III. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 119-120).

Uma vez mais, a citação dos interessados se justifica pela necessidade de legitimação e garantia da eficácia da prova produzida antecipadamente. A consequência da ausência de citação de todos seria simples: a impossibilidade de utilização da prova contra aqueles aos quais não foi dada a chance de participar e de se envolver na produção da prova. Nessa linha de raciocínio, Pontes de Miranda afirma que “a ausência de citação e de participação dos interessados faz da prova um elemento simplesmente ineficaz em relação a estes”.³¹⁹

Nesse ponto, ainda, destaca-se a semelhança com a prova emprestada, que mantém vinculação entre os processos em que se pretende produzir e utilizar. Os interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato ou situação jurídica, salvo os casos em que essa providência possa acarretar excessiva demora.

Conclui-se, então, que a não delimitação correta da legitimidade das partes e da citação dos interessados que tenham a ver com a relação jurídica pode implicar a nulidade do processo de produção antecipada de provas, bem como a própria ineficácia da prova produzida, o que não se coaduna com a efetividade do processo e do propósito do instituto.

3.4 COMPETÊNCIA

As modificações do Código de Processo Civil de 2015 com relação à competência para processamento da produção antecipada de provas foram relevantes. Como premissa geral, é possível afirmar que as questões relativas ao foro competente para a produção antecipada de provas também privilegiaram o direito autônomo à prova. Assim, essas questões serão abordadas a seguir no intuito de identificar as principais mudanças.

3.4.1 Foros concorrentes: artigo 381, §2º, do Código de Processo Civil de 2015

Diferentemente do Código de Processo Civil de 1973, que dispunha que a competência para julgar a produção antecipada de provas era do juiz competente para a análise da *demanda principal*, foi instituída a regra do artigo 381, §2º, no Código de Processo

³¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo XII: arts. 796-889. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1976, p. 271.

Civil de 2015, no sentido de que “A produção antecipada da prova é da competência do juízo do foro onde esta deva ser produzida ou do foro de domicílio do réu”.³²⁰

A partir da análise desse dispositivo processual, observa-se que o legislador deixou à disposição do autor a escolha do foro competente para processar a produção antecipada de provas para facilitar a propositura da demanda a depender do caso concreto. Considerada a literalidade do artigo, trata-se de previsão de competência territorial relativa.

Em relação ao assunto, Cândido Rangel Dinamarco explica que “O legislador optou por instituir esses dois foros eletivamente concorrentes, à disposição do autor”, seja para a produção antecipada sem o requisito da urgência, seja para a tutela de natureza cautelar.³²¹

Diante da opção do legislador no Código de Processo Civil de 2015, questiona-se se seria possível pensar a predileção a um destes foros competentes. Isso porque, a despeito da alternatividade expressa no dispositivo processual, há dois critérios diferentes: *funcional* e *territorial*.³²² A princípio, entende-se que essa é uma faculdade exclusiva do autor, o que não impede que se mostre mais efetivo que a produção antecipada de provas seja processada em um foro distinto daquele que foi escolhido na propositura.

Nesse sentido, mesmo diante dos critérios distintos de definição de competência, quanto à eventual preferência entre um dos foros competentes, Flávio Luiz Yarshell afirma que seria possível defender apenas a conveniência do foro no qual as provas serão produzidas. Isso porque não há uma relação de subsidiariedade entre as duas hipóteses.³²³

³²⁰ BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020.

³²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume III. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 117.

³²² Flávio Luiz Yarshell comenta que “Na primeira parte, adotou-se o critério *territorial funcional*, certamente na premissa (correta) de que a proximidade entre órgão judicial e fontes da prova é fator de racionalidade e de economia; já na segunda parte, a regra encampou critério *territorial* puro – que, aliás, inspira a regra geral de que o réu tem a prerrogativa de ser demandado em seu próprio foro. Mas, é sabido que a adoção do critério funcional tem em mira o interesse público; daí porque a falta de observância gera o fenômeno de incompetência absoluta, com todos os desdobramentos daí decorrentes (ausência de preclusão e possibilidade de reconhecimento de ofício, principalmente)” (YARSHELL, Flávio Luiz. **Da Produção Antecipada da Prova. Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Coordenadores: Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.029).

³²³ “Diante da expressa concorrência (ou alternatividade) de foros que a lei consagrou, não há como simplesmente dizer que qualquer outro – que não o do local em que as fontes de prova se encontram – seria absolutamente incompetente; nem estabelecer um caráter subsidiário que a lei não previu. Mas, consideradas as peculiaridades do caso concreto, desde que isso não prejudique o devido processo legal e o acesso à justiça, é possível dar-se preferência a foro em que se situam as fontes de prova; ainda que em eventual detrimento à conveniência do réu de ser demandado em seu próprio domicílio. Tal entendimento é coerente com o caráter autônomo da medida que, de qualquer modo, não gerará prevenção para o ‘processo principal’, para o qual deverá ser observada a regra própria de competência territorial (que, eventualmente, poderá até prestigiar o

De outro lado, Fredie Didier Jr. afirma que “O foro do domicílio do réu deve ser encarado, no caso, como *foro excepcional*, cabível, por exemplo, no caso de produção antecipada de depoimento da parte”, que será o mais adequado nesta hipótese.³²⁴

Considerado o direito autônomo à prova, bem como os princípios da economia processual e da eficiência, é muito mais efetivo e útil que a produção antecipada de provas seja realizada no foro no qual a prova será realizada, a depender, evidentemente, do caso concreto. Apesar disso, o legislador não pretendeu a excepcionalidade do foro, e sim que eles fossem concorrentes, razão pela qual a escolha caberá ao autor.

É um fato que, por exemplo, tratando-se de depoimento pessoal do réu, dever-se-ia privilegiar o foro de seu domicílio. Em um caso de uma perícia a ser realizada, o ideal seria que a demanda seja proposta no local onde os fatos ocorreram. Contudo, trata-se de *conveniência*, e não de uma regra. A escolha do legislador foi clara nesse sentido, de modo que o entendimento contrário significaria a revogação parcial deste dispositivo processual.³²⁵

O Tribunal de Justiça de São Paulo teve a oportunidade de se manifestar. Em demanda de produção antecipada de provas, o juízo de primeira instância declinou a sua competência e remeteu os autos para o foro no qual a prova seria produzida, porquanto a demanda foi proposta no foro do domicílio do réu e deveria ser processada no local da produção da prova. Tratava-se de pedido de produção de prova pericial para a verificação da suposta falsidade de uma escritura de venda e compra lavrada em Avaí do Jacinto/MG.

Em julgamento de agravo de instrumento interposto dessa decisão interlocutória, o Tribunal de Justiça de São Paulo aplicou o artigo 381, §2º, no Código de Processo Civil de

domicílio do réu” (YARSHELL, Flávio Luiz. Da Produção Antecipada da Prova. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Coordenadores: Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.029).

³²⁴ DIDIER JR., Fredie. Produção antecipada da prova. **Direito probatório**. Coordenadores: Fredie Didier Jr., Marco Félix Jobim e William Santos Ferreira. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 591.

³²⁵ Nesse sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves afirma que “o § 2.º do Novo CPC prevê um foro concorrente de competência para a ação: foro do domicílio do réu ou local em que a prova deva ser produzida. Trata-se de foros concorrentes, à escolha do autor, o que se mostra uma infeliz opção do legislador porque o único foro competente deveria ser o do local de produção da prova. Ainda que entenda ser infeliz a opção do legislador, e que a opção pelo domicílio do réu poderá ensejar um processo que substancialmente tramitará por meio de carta precatória, discordo da doutrina que defende ser tal foro excepcional, admitindo-o somente quando a prova a ser produzida for o depoimento pessoal do réu, o que, na realidade, revogaria parcialmente o dispositivo legal na prática” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 673).

2015, de modo a reformá-la e reconhecer a competência do foro de domicílio do réu para processar e julgar a produção antecipada de provas.³²⁶

Como mencionado, a despeito da aplicação prática que se verifica nesse exemplo, vale mencionar que se tem sustentado que, quando a competência escolhida pelo autor não seja a mais eficiente possível considerado o caso concreto, realmente caberia a alegação de incompetência relativa.³²⁷ Contudo, esse raciocínio parece contraditório, pois, na medida em que o legislador indicou expressamente duas opções para o autor, é dele a escolha do foro para processar e julgar a produção antecipada de provas.

Assim, a despeito da opinião de que, à luz do princípio da eficiência, o foro competente para a produção antecipada deveria ser o foro de produção da prova, entende-se que a não observância ao dispositivo processual violaria a segurança jurídica, de modo que somente poderia se verificar por meio de alteração legislativa.

3.4.2 Controvérsia sobre a prevenção do juízo da possível demanda futura: artigo 381, §3º, do Código de Processo Civil de 2015

Como mencionado no capítulo 2, a produção antecipada de provas do Código de Processo Civil de 1973 era tratada como um procedimento cautelar e, portanto, a demanda sempre se fundava na existência da urgência. Para as ações cautelares, o artigo 800 do

³²⁶ “Agravo de instrumento. Ação de produção antecipada de provas. Competência. Decisão que declinou a competência e determinou a remessa dos autos a uma das Varas Cíveis da Comarca de Avaí do Jacinto/MG. Pleito de reforma da decisão para manter os autos no Juízo ‘a quo’. Pleito de reforma da decisão. Cabimento. A ação de produção antecipada de provas pode ser ajuizada tanto no foro onde devem ser produzidas as provas quanto no foro do domicílio dos agravados, nos termos do art. 381, §2º, do CPC. Agravante, autora da demanda, que optou por ajuizá-la na Comarca de São Paulo, onde os agravados possuem domicílio – Impossibilidade de declinação de competência, de ofício, pelo Juízo ‘a quo’, uma vez que se trata de competência territorial e, portanto, relativa. Decisão reformada. Agravo de instrumento provido, para determinar que os autos permaneçam no Juízo da 28ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo/SP” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2264254-37.2018.8.26.0000**. Relator: Kleber Leyser de Aquino. Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado. Foro Central Cível - 28ª Vara Cível. Data do Julgamento: 28/03/2019. Data de Registro: 29/04/2019). Observa-se que esse posicionamento tem prevalecido. Nesse sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Conflito de competência cível 0025183-80.2017.8.26.0000**. Relator: Renato Genzani Filho. Órgão Julgador: Câmara Especial. Foro de Taubaté - 5ª Vara Cível. Data do Julgamento: 07/08/2017. Data de Registro: 08/08/2017.

³²⁷ “É importante porém fazer uma ressalva: em nossa opinião, o código, quando interpretado de modo sistemático, exige que a competência mais eficiente seja escolhida. Assim, é possível arguir exceção de incompetência quando a competência indicada pelo autor, ainda quando prevista no §2º do art. 381, não seja a mais eficiente possível” (ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 160).

Código de Processo Civil de 1973 previa que “as medidas cautelares são requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal”.³²⁸

A parcela da doutrina que entendia pela prevenção do juízo da anterior cautelar de produção antecipada de provas justificava o seu posicionamento sob o argumento de que a cautelar, por não se caracterizar como demanda de caráter de jurisdição voluntária, fixava a competência para a demanda principal.³²⁹ Mas esse posicionamento não era pacífico.

No que se refere à prevenção do juízo da anterior cautelar de produção antecipada de provas para o *processo principal*, a doutrina divergia quanto à aplicabilidade do artigo 800 do Código de Processo Civil de 1973. A principal crítica era a de que as ações probatórias à época estavam vinculadas ao requisito da urgência, de modo que poderia haver o perecimento do direito, caso a demanda probatória fosse proposta no foro competente (diferente) para processar e julgar a chamada demanda principal.

Ainda na vigência da legislação processual anterior, defendia-se a inaplicabilidade do artigo 800 do Código de Processo Civil de 1973 para as ações probatórias. Daniel Amorim Assumpção Neves defendia que a simples aplicação deste dispositivo às ações probatórias traria obstáculos à própria realização e efetividade da produção da prova.³³⁰

Assim, desenvolveu-se o entendimento doutrinário³³¹ e jurisprudencial com relação à relativização da incidência do artigo 800 do Código de Processo Civil de 1973 para as demandas cautelares probatórias, a exemplo do entendimento do Superior Tribunal de Justiça no acórdão do Recurso Especial n. 516.618/MG, no sentido de que “a produção antecipada de provas, por si só, não previne a competência para a ação principal”.³³²

³²⁸ BRASIL. **Código de Processo Civil de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869/impresao.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020.

³²⁹ THEODORO Jr., Humberto. **Processo Cautelar**. São Paulo: Leud, 1999, p. 297.

³³⁰ “No caso das cautelares probatórias, a regra prevista pelo art. 800 do CPC mostra-se de todo inadequada e deve ser afastada pelo operador por raciocínio principiológico, com respeito ao princípio da eficácia da medida cautelar. Ao afastarem-se os casos de extrema urgência, a aplicação indiscriminada de tal regra funcionaria como obstáculo não à efetivação da medida em si – que poderia ser efetivada mesmo respeitando-se o dispositivo legal –, mas a sua efetivação de forma mais rápida, simples e barata. A considerar o entendimento já exposto a respeito do cabimento da tutela cautelar probatória – o fenômeno do *periculum in mora* analisado sob nova perspectiva –, eventual afastamento da regra estabelecida pelo art. 800 do CPC nada terá com a urgência da situação concreta, embora seja inegável que, em eventual hipótese de ‘urgência urgentíssima’, fica praticamente indefensável a defesa de tese contrária. Obviamente, será preferível aceitar uma cautelar de produção antecipada de provas em desrespeito à regra do art. 800 do CPC do que deixar de produzir a prova desejada pelo requerente” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 170).

³³¹ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 106.

³³² “Processo civil. Cautelar. Antecipação de provas. CPC, art. 800. Exceção à regra da prevenção. Correntes doutrinárias. Hermenêutica. Posicionamento da turma. I - Quando preparatórias, as medidas cautelares devem

Por sua vez, Daniel Amorim Assumpção Neves defendia que o critério do artigo 800 do Código de Processo Civil de 1973 poderia gerar situações ineficazes e incoerentes. Segundo o seu entendimento, “O processo cautelar tramitaria perante o local em que a prova deva ser produzida, e o processo principal seguiria a regra de competência aplicável ao caso concreto, não havendo que se falar em prevenção”.³³³

Em clara flexibilização do artigo 800 do Código de Processo Civil, passou-se a entender também que “A medida de asseguarção de prova deve ser sempre proposta no local *mais conveniente* para atingir a sua finalidade”.³³⁴ Exemplificam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart que, se a finalidade da produção antecipada de provas fosse o depoimento de uma testemunha domiciliada em uma cidade distante do foro competente para a discussão do conflito principal, não seria razoável deprecar a sua oitiva.

Assim, passou-se a permitir que, em hipóteses de urgência, para evitar prejuízos à própria realização da prova, a produção antecipada de provas poderia ser proposta no local da sua realização, quando este foro fosse distinto daquele competente para julgar a demanda voltada à discussão da relação jurídica de direito material.

O Código de Processo Civil de 2015 parece ter pacificado essa questão no artigo 381, 3º, que estabelece expressamente que “A produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta”.³³⁵

Flávio Luiz Yarshell entende que a regra de competência atualmente estabelecida pelo Código de Processo Civil de 2015 privilegia o direito autônomo à prova, que é desvinculado da demanda principal que discutirá o mérito.³³⁶ De fato, com a desvinculação

ser requeridas no juízo competente para conhecer da causa principal, que, assim, fica preventivo. II - Em se tratando de produção antecipada de provas, todavia, tal regra recebe tempero, dentro de razoável exegese recomendada por respeitável corrente doutrinária e com aceitação jurisprudencial inclusive nesta quarta turma (RESPS 6.386-PR, 28.264-MG). III - A produção antecipada de provas, por si só, não previne a competência para a ação principal” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 51.618/MG**. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Quarta Turma. Julgado em 20/09/1994. DJ 21/11/1994, p. 31774).

³³³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 175.

³³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo cautelar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 271.

³³⁵ BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020.

³³⁶ “A disciplina legal da competência foi coerente com o caráter autônomo do processo cujo objeto é a prova antecipada: ele não deve ser tido como mero acessório de outro (que seria o ‘principal’). Com efeito, se autonomia já se reconhecia no caso de produção antecipada cautelar, com maior razão a desvinculação deve ser feita quando se trata de direito autônomo à produção da prova. Daí, então, a regra do art. 381, §3.º, que nega o fenômeno da prevenção para ‘a ação que venha a ser proposta’ – lembrando que prevenção não é critério determinante de competência. Isso quer dizer que não há competência do juízo perante o qual tramitou o

do juízo no qual a prova será produzida antecipadamente e do juízo competente para julgar eventual demanda futura a ser proposta para a discussão da relação jurídica de direito material, há uma clara valorização do direito autônomo à prova.

Nessa linha, Cândido Rangel Dinamarco também afirma que essa nova regra “está intimamente relacionada com a intenção do legislador de dar autonomia a esse processo antecedente, do qual nem sempre decorrerá a propositura de uma demanda *principal*”.³³⁷

Contudo, em linha de princípio, a despeito de o Código de Processo Civil de 2015 ter positivado o entendimento mais pacífico da doutrina e da jurisprudência sobre o tema, à luz de que a produção de provas tem natureza constitutiva, é possível questionar se, em determinadas situações, a prevenção do juízo para a eventual demanda relacionada ao direito material não seria mais eficiente em razão da realização da produção antecipada da prova.

Essa dúvida é colocada com vistas a um melhor julgamento de mérito que possa ser realizado pelo juízo que julgará a eventual e futura demanda para a discussão da relação de direito material, tendo em vista que ele também participou da produção antecipada de provas.

Ainda à época do Código de Processo Civil de 1973, Daniel Amorim Assumpção Neves ressaltou expressamente que “Se houver identidade de foros, é até possível – e aconselhável – falar em prevenção do juízo da cautelar para conhecer a principal”. Em sua concepção, com a qual se concorda, “Essa visão permitiria, se não houvesse mudança do juiz, respeitar o princípio da imediatidade, não havendo razão justificadora para distribuir livremente, dentro da mesma competência territorial, o processo principal”.³³⁸

Mais recentemente, na vigência do Código de Processo Civil de 2015, Daniel Amorim Assumpção Neves criticou o artigo 381, § 3º, e destacou que, em sua concepção, “Se houver identidade de foros, é até possível – e aconselhável – falar em prevenção do juízo da ação probatória para conhecer a ação principal”.³³⁹

processo probatório (que seria por critério funcional), de sorte que prevalece a distribuição livre, se o foro tiver pluralidade de juízos” (YARSHELL, Flávio Luiz. Da Produção Antecipada da Prova. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Coordenadores: Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.028).

³³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume III. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 117.

³³⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 176-177.

³³⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 674.

Assim, questiona-se se, de alguma forma, haveria situações excepcionais que implicariam outra interpretação a respeito do tema.

Observa-se que o Código de Processo Civil de 2015, no que se refere à produção antecipada de provas, não privilegiou o princípio da oralidade. Em relação ao princípio da oralidade, destaca-se que é importante que haja mecanismos aptos a garantir não apenas a oralidade em alguns momentos do processo, mas a efetiva chance de as partes e o juiz interagirem ao longo do processo, o que tem reflexos na efetividade do processo.³⁴⁰

O juiz da causa, em caso de propositura de demanda para discutir a relação jurídica de direito material, conhecerá o processo apenas nesse momento, quando já poderia ter participado da produção antecipada da prova. Essa situação pode levar à inutilidade da prova, pois, como o juiz precisa formar o seu convencimento sobre os fatos, mais fácil seria que ele tivesse realizado as suas perguntas em relação às provas produzidas.

Contudo, entende-se que o juiz do possível e futuro processo para a discussão do direito material produziria maior efetividade ao conduzir a produção antecipada de provas, haja vista que desde o princípio tenderia a observar os pontos que, também em sua concepção, deveriam ser provados, ainda que não procedesse à valoração da prova na produção antecipada de provas. Destaca-se que “A oralidade propicia um contato direto do juiz com as partes e as provas, dando ao magistrado não só a oportunidade de presidir a coleta da prova, mas sobretudo de ouvir e sentir as partes e as testemunhas”.³⁴¹

³⁴⁰ “Como referido ao longo da narrativa, não se desconhece que nossa legislação processual prestigia, e há muito tempo, a realização dos atos processuais mediante o emprego da forma escrita. Ainda que assim seja no âmbito legal, certo é que o sistema processual deve, por imperativo constitucional, propiciar razoáveis oportunidades para que as partes, por si ou por seus advogados, possam se expressar oralmente para manifestar seus anseios e/ou necessidades. Quanto aos advogados o tema já é objeto de regras legais, as quais, contudo, se revelam insuficientes ante a efetiva resistência verificada no dia a dia forense. Deve-se, pois, preconizar o aperfeiçoamento dos mecanismos que garantam não apenas a oralidade em esparsas audiências, mas também a possibilidade de efetiva e direta interação entre juiz, partes e advogados ao longo do procedimento. Tal necessidade se faz ainda mais premente quando se está, como nós estamos, num contexto de ampla alteração da legislação positivada, seja no tocante à tramitação do Projeto de novo Código de Processo Civil, seja em vista do aperfeiçoamento do processo eletrônico, que, a despeito de ser portador de virtudes que efetivamente auxiliarão na busca por um processo célere, não pode vir a se tornar mais uma via pela qual será propiciado o isolamento do juiz. E isto porque, como acima exposto, é necessário que haja espaço para realização de efetivo diálogo entre os sujeitos do processo, com outorga de oportunidades mínimas de uso de palavra oral, eis que o uso desta forma de expressão da vontade humana é fator que vai além da busca por elementos para bem julgar, e, por ser corolário do devido processo legal, situa-se como fator de legitimação do processo, além de propiciar clima para que haja um grau maior de obtenção de composição de litígios” (PUOLI, José Carlos Baptista. **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. Organizadores: Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 533-534).

³⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. Garantias constitucionais do processo civil**. Coordenador: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 210.

O contato verbal e físico do juiz tem relevância na verificação da verdade dos fatos. É certo que a produção antecipada de provas não tem essa finalidade, pois também objetiva a viabilização de acordos ou mesmo evitar a propositura de uma demanda, mas não se pode descartar que, em caso de propositura da demanda para a discussão da relação jurídica de direito material, esse será um fator importante para o processo.

À luz do Código de Processo Civil português, Fredie Didier Jr. também defende que o juízo da produção antecipada de provas teria competência funcional para julgar eventual demanda futura para a discussão da relação jurídica de direito material.³⁴²

Na legislação espanhola, consta no item 1 do artigo 257, da *Ley de Enjuiciamiento Civil* que a competência para conhecer da solicitação das *diligencias preliminares* pertence ao foro do domicílio da pessoa que deverá realizar, declarar ou exhibir ou de algum modo intervir no processo. Há, ainda, a possibilidade de, em alguns casos específicos, previstos nos itens 6º, 7º, 8º e 9º do artigo 256 da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, ser competente o mesmo juiz que será competente para o processamento da futura *acción principal*.³⁴³

Nessa linha de raciocínio, Marcelo José Magalhães Bonizzi afirma que, muito embora a questão relativa à competência para a eventual e futura demanda para a discussão da relação de direito material seja uma escolha legislativa, dever-se-ia considerar a situação

³⁴² Afastada a roupagem cautelar e emergencial da medida, para reconhecê-la como ação probatória autônoma, a melhor opção, de lege ferenda, seria a introdução de um dispositivo no CPC (LGL\1973\5), tal como o art. 83, CPC (LGL\1973\5) português, para prever que a antecipação da prova é de competência do juízo do lugar em que deverá ser efetivada (local da efetivação). Inclusive, Marinoni e Arenhart, independentemente de qualquer urgência, advogam a tese de que a antecipação da prova deve ser promovida no lugar mais conveniente para alcançar sua finalidade – no local onde se encontra a fonte da prova. ‘Não teria nenhum sentido pretender instaurar a medida em uma cidade, para deprecar a oitiva de testemunha para outro local, quando esta é a única finalidade da ação’. E o juízo da prova antecipada terá competência funcional para julgar eventual ação de certificação do direito material cuja evidência (ou não) se pretendia corroborar, caso tenha sido a prova oral, por força do art. 132, CPC (LGL\1973\5) (regra da identidade física do juiz)” (DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, v. 218, p. 22).

³⁴³ “Artículo 257. Competencia. 1. Será competente para resolver sobre las peticiones y solicitudes a que se refiere el artículo anterior el juez de primera instancia o de lo mercantil, cuando proceda, del domicilio de la persona que, en su caso, hubiera de declarar, exhibir o intervenir de otro modo en las actuaciones que se acordaran para preparar el juicio. En los casos de los números 6.º, 7.º, 8.º y 9.º del apartado 1 del artículo anterior, será competente el tribunal ante el que haya de presentarse la demanda determinada. Si, en estos casos, se solicitasen nuevas diligencias, a raíz del resultado de las hasta entonces practicadas, podrán instarse del mismo tribunal o bien del que, a raíz de los hechos averiguados en la anterior diligencia, resultaría competente para conocer de la misma pretensión o de nuevas pretensiones que pudieran eventualmente acumularse. 2. No se admitirá declinatoria en las diligencias preliminares, pero el Juez al que se soliciten revisará de oficio su competencia y si entendiese que no le corresponde conocer de la solicitud, se abstendrá de conocer indicando al solicitante el Juzgado de Primera Instancia al que debe acudir. Si éste se inhibiere en su competencia, decidirá el conflicto negativo el tribunal inmediato superior común, según lo previsto en el artículo 60 de la presente Ley” (ESPAÑA. **Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>>. Acesso em: 5 mai. 2019).

de que o conhecimento dos fatos pelo juízo da produção antecipada de provas “deveria levar à necessidade de o processo de conhecimento ser proposto perante ele”.³⁴⁴

Na casuística, destaca-se um exemplo de prevenção recentemente reconhecido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. No caso concreto, foi reconhecida a prevenção porque a demanda para a discussão do direito material foi proposta antes da sentença na produção antecipada de provas.³⁴⁵ Embora não seja uma exceção à regra, vale a referência, pois trata-se de uma situação na qual foi necessária a interpretação do artigo 381, §3º, do Código de Processo Civil de 2015, com a qual se concorda.

Em conclusão a esse ponto, entende-se que, se, por um lado, a exclusão da previsão da prevenção pretendeu o reconhecimento e a valorização do direito autônomo à prova, observa-se que, em hipóteses de mesma competência territorial, poder-se-ia defender a prevenção do juízo competente para eventual e futura demanda para a discussão do direito material, isto por razões de eficiência e utilidade da prova produzida para o juízo de mérito posterior. Contudo, essa foi a posição do legislador, com a qual a doutrina concorda.³⁴⁶ Inclusive, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero arrematam que “a controvérsia, hoje, ficou superada com o comando expresso”.³⁴⁷

A regra do Código de Processo Civil de 2015, por exemplo, possibilita que as partes, nos casos de eleição de foro, estabeleçam dois foros distintos competentes para a produção

³⁴⁴ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 89.

³⁴⁵ “Apelação. Ação de obrigação de fazer c.c. ação de antecipação de provas em apenso. Homologação da prova produzida e procedência do pedido. Inconformismo das rés. Descabimento. Alegação de violação da garantia constitucional do juiz natural e ofensa ao art. 381, §3º do CPC. Cautelar que por si só não tem o condão de tornar prevento o juízo. Porém, estando ainda em curso, implica a prevenção do Juízo para processar e julgar a ação principal a fim de se evitar decisão conflitante. Ausência de prejuízo à parte na reunião dos processos. Laudo pericial realizado com o devido zelo. Insurgência das apelantes que revela mera insatisfação com o resultado da prova pericial. Cerceamento de defesa não verificado. Julgamento extra petita. Não ocorrência. Pedido inicial que pretende a correção de todas as anormalidades geradas por deficiências na elaboração e execução do projeto, apuradas na ação de produção antecipada de provas ainda em trâmite quando da propositura da ação principal. Falhas e defeitos na construção do empreendimento apuradas pelo perito que devem ser corrigidas. Causas e soluções apuradas na perícia que ultrapassaram a tutela antecipada concedida na ação de obrigação de fazer. Sentença mantida, inclusive com manutenção da astreinte para o caso de descumprimento do mandamento. Recurso improvido” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1031996-97.2016.8.26.0564**. Relator (a): Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho. Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado. Foro de São Bernardo do Campo - 9ª Vara Cível. Data do Julgamento: 11/12/2019. Data de Registro: 12/12/2019).

³⁴⁶ Eduardo Talamini afirma que “essa norma é compreensível em face (a) do caráter não constrictivo da medida; (b) da ausência de juízo, nem mesmo sumário, sobre o mérito da pretensão principal; (c) da eventualidade de uma ação principal” (TALAMINI, Eduardo. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Coordenadores: Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 593).

³⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 408.

antecipada de provas e para a eventual e futura demanda para a discussão da relação jurídica de direito material.³⁴⁸ Nesse sentido, desde que não haja inobservância às regras de competência absoluta, essa passa a ser uma questão interessante de atenção para a elaboração de contratos e para a realização de negócios jurídicos processuais a respeito da competência.

Assim, é preferível que o juiz da produção antecipada de provas seja o mesmo no eventual processo para a discussão do direito material. Por outro lado, a nova regra do Código de Processo Civil de 2015 apresenta novos horizontes e valoriza o direito autônomo à prova, propiciando, por outro lado, um cenário mais favorável a soluções de autocomposição, diminuição do número de processos de conhecimento ou melhorando a prestação jurisdicional ao serem propostas demandas mais bem fundamentadas.

3.4.3 A produção antecipada de provas pode ser um incidente processual ou trata-se apenas de um processo antecedente?

A prova antecipada também pode ser analisada quanto ao momento da sua produção, que pode ocorrer de forma incidental ou antecedente. Será incidental quando, no curso de um processo de conhecimento, um dos sujeitos requeira a antecipação da prova com base na urgência. Será antecedente, por outro lado, quando a prova for produzida antes mesmo de eventual discussão do direito substancial controvertido.

Ao contrário do que possa sugerir o artigo 381, §2º, do Código de Processo Civil de 2015, a produção antecipada de provas também tem lugar em incidente processual. No entanto, as disposições relativas à competência não se aplicam aos incidentes processuais, na medida em que a competência, evidentemente, já foi estabelecida.

Em relação aos incisos II e III do artigo 381 do Código de Processo Civil de 2015, entende-se que a propositura de uma demanda autônoma parece muito mais factível para produzir a prova antecipadamente. De fato, “é menos provável a ocorrência de situações nas

³⁴⁸ Neste ponto, concorda-se com o recente posicionamento de Arthur Arsuffi: “Evidente, portanto, que as partes de determinado contrato poderão, cientes da importância da produção antecipada de provas, estabelecer, desde que de forma expressa, cláusula de eleição de foro para a ação de produção antecipada de prova. Nesse caso, pode, inclusive, estabelecer competências diferentes para a ação que verse sobre a declaração do direito material e para a ação que tenha como objeto a produção da prova” (ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**: estratégia, eficiência e organização do processo. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 162).

quais se admita a antecipação de provas no curso de um processo contencioso”.³⁴⁹ Isso porque, como já estudado no capítulo 2, as hipóteses dos incisos II e III são possibilitar a autocomposição, bem como viabilizar ou não a propositura de uma demanda para a discussão do direito material. Trata-se, então, de situações futuras, que seriam incompatíveis com a propositura de um incidente processual com esses fundamentos.

Assim, por raciocínio lógico, entende-se que as hipóteses verificadas nos incisos II e III não são admitidas incidentalmente. Não poderia se admitir essa situação, tendo em vista que a premissa é exatamente evitar conflitos futuros em razão do conhecimento, pelas partes, dos detalhes dos fatos e das provas que elas poderão utilizar.

Esse entendimento também encontra uma situação análoga na legislação espanhola, pois, nas *diligencias preliminares*, “não é possível a sua solicitação durante um trâmite processual, pois, conforme reiteradamente destacado, o seu objetivo é organizar a futura demanda e não resguardar qualquer pretensão”.³⁵⁰

Contudo, não se pode excluir a possibilidade de admissão da produção antecipada de provas por meio de incidente processual com base no inciso I. Como visto, o inciso I do artigo 382 do Código de Processo Civil de 2015 trata da hipótese de produção antecipada de provas com base no requisito da urgência, que pode ser realizada a qualquer tempo.

Vale ressaltar que, com base no inciso I, a produção antecipada de provas fundada na urgência pode ser requerida antes ou de forma incidental enquanto estiver pendente um processo principal, isso em razão da necessidade superveniente de produção da prova.

Além da possibilidade do inciso I, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery entendem pela admissibilidade da propositura de demanda de produção antecipada de provas mesmo quando a demanda para a discussão do direito material já esteja em andamento na hipótese de haver a possibilidade de propiciar a autocomposição entre as partes.³⁵¹ No entanto, como ressaltado, essa situação parece um tanto incoerente com a finalidade da produção antecipada de provas, razão pela qual não se concorda com esse posicionamento.

Em relação à questão que envolve a produção antecipada de provas e o incidente processual, Eduardo Talamini afirma que “a ação de produção antecipada é utilizável apenas

³⁴⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume III. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 116.

³⁵⁰ BRAUN, Tiele Espanhol. **Ação civil**: atividades preparatórias e análise crítica das diligências preliminares à luz da *Ley de Enjuiciamiento Civil* Espanhola. Curitiba: Juruá, 2019, p. 31.

³⁵¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1101.

quando não houver processo em curso, no qual se vá usar a prova”.³⁵² Na sua opinião, se o processo já estiver em andamento e for verificada a necessidade de produção antecipada de provas antes da fase de instrução, o artigo 139, VI, do Código de Processo Civil de 2015 resolve o problema e deve ser aplicado ao caso concreto.³⁵³

Vale apenas pontuar que, embora o mencionado dispositivo disponha sobre a alteração da ordem dos meios de prova a depender do caso concreto, o fato é que, na hipótese do inciso I (produção antecipada de provas com base na urgência), ele não se aplica. Nesse caso, a parte deve se utilizar das disposições relativas às tutelas de urgência.

Assim, é possível concluir que admitir a possibilidade de mudança da ordem das provas é pertinente, porém não se confunde com a afirmação de que a produção antecipada de provas seria cabível incidentalmente com base nos incisos II e III do artigo 381 do Código de Processo Civil de 2015, mas sim apenas no inciso I.

3.5 QUAIS PROVAS PODEM SER PRODUZIDAS NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS?

Ao contrário do que ocorria na vigência do Código de Processo Civil de 1939 e do Código de Processo Civil de 1973, na antecipação de provas do Código de Processo Civil de 2015 é possível requerer a produção de toda e qualquer espécie de prova. A despeito da possibilidade aventada pela doutrina de expansão das espécies de prova no Código de Processo Civil de 1973,³⁵⁴ o certo é que havia uma limitação expressa.

Tanto é assim que nos artigos 381 a 383 do Código de Processo Civil de 2015 não há qualquer distinção quanto às espécies probatórias admitidas na produção antecipada de provas, de sorte que serão realizadas diversas “atividades processuais destinadas à colheita

³⁵² TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2016, v. 260, p. 77.

³⁵³ O artigo 139, VI, do Código de Processo Civil de 2015 dispõe que “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...). VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito” (BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020).

³⁵⁴ “O art. 846 do Código diz respeito ao procedimento cautelar específico de produção antecipada de prova consistente em interrogatório da parte, testemunhas e exame pericial, mas não afasta a possibilidade de outras espécies de prova a serem produzidas antecipadamente” (SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e no comercial**. São Paulo: Max Limonad, 1952, p. 298).

de elementos de informação sobre fatos juridicamente relevantes, sem esperar pelo momento ou fase processual ordinariamente adequada para isso”.³⁵⁵

Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco afirma com precisão que a produção antecipada de provas “pode consistir no exame de qualquer das *fontes de prova* admitidas no processo civil brasileiro (pessoas, coisas, documentos) ou na realização de qualquer *meio de prova* (prova testemunhal, pericial, inspeção judicial)”.³⁵⁶

Observa-se, nesse ponto, que a medida probatória *in futurum* prevista no Código de Processo Civil francês também é abrangente em relação às provas que podem ser produzidas. Inclusive, conforme afirma Chiara Besso, essa amplitude tem o objetivo de solucionar controvérsias adequadamente pela realização de acordos, mas não apenas isso. Assim como está previsto no Código de Processo Civil brasileiro atualmente, caso a controvérsia não seja solucionada, a produção antecipada da prova garante um processo futuro mais preparado e uma reconstrução da verdade dos fatos mais confiável.³⁵⁷

Assim, independentemente da complexidade, se houver previsão nas hipóteses do artigo 381 do Código de Processo Civil de 2015, a prova pode ser produzida.³⁵⁸ Como já destacado, a prova documental também se insere nesse contexto, pois a produção antecipada de provas passou a ser o meio adequado para produzi-la em razão da supressão da antes denominada ação de exibição de documento ou coisa do Código de Processo Civil de 1973.

³⁵⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume III. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 112.

³⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume III. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 112. Sobre o tema, comenta Cândido Rangel Dinamarco que “Ao permitir o cúmulo de produções de prova em um só procedimento (‘os interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento’) indiretamente o art. 382 do Código de Processo Civil deixa muito clara essa abertura total, não excluindo a produção antecipada de qualquer espécie de prova. Mas, em caso de documento sonogado por um sujeito a outro, tem este a seu dispor o incidente de exibição de documento, regido pelos arts. 396 e ss. do Código de Processo Civil (*infra*, n. 1.362)” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume III. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 112-113).

³⁵⁷ “Come abbiamo visto, la genericità della formulazione adottata in Francia consente di utilizzare l’istituto - oltre che per le *constations*, l’*expertise* e la *consultation* del tecnico - talvolta anche per la prova testimoniale e soprattutto per ottenere la produzione di documenti detenuti dalla controparte o dal terzo. La gamma più ampia delle misure istruttorie espletabili in via preventiva, unita al fatto che l’art. 145 n.c.p.c. si limita a richiedere la strumentalità tra la prova e un futuro giudizio di merito, fa sì che obiettivo dell’istituto sia non soltanto la chiusura della controversia senza che sia necessario instaurare un processo a cognizione piena, ma anche-dove non si giunga ad una conciliazione della controversia - la preparazione della futura causa di merito e una più attendibile ricostruzione della verità dei fatti” (BESSO, Chiara. **La prova prima del processo**. Turim: G. Giappichelli, 2004, p. 108).

³⁵⁸ Vale destacar que o artigo 369 do Código de Processo Civil de 2015 prevê que “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. Muito embora, na produção antecipada de provas, não haja a realização da prova para o convencimento do juiz do processo no qual ela é produzida, essa mesma premissa deve ser utilizada para a admissão das provas.

Por fim, um ponto interessante que deve ser ressaltado diz respeito à possibilidade de realização de medidas instrutórias, a exemplo da acareação. A princípio, entende-se que não seria possível a sua realização por meio da produção antecipada de provas, pois essa providência exigiria a atividade valorativa do juiz, o que, como será demonstrado especificamente, não é possível nesse procedimento.

Assim, entende-se que a expansão dos meios de provas que podem ser produzidas no âmbito da produção antecipada de provas é um dos avanços do Código de Processo Civil de 2015 no tema, o que certamente estimula a sua utilização.

3.6 PROVAS SOBRE O MESMO FATO E CUMULAÇÃO DE PEDIDOS

Trata-se da possibilidade de desenvolvimento, na mesma relação processual, de um pedido de produção antecipada de provas realizado por sujeito diferente do autor. O artigo 382, §3º, do Código de Processo Civil dispõe que “Os interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora”.³⁵⁹

Diante de uma mesma relação jurídica de direito material, é possível que o réu ou que os interessados procedam ao pedido de produção antecipada de provas. Essa viabilidade decorre do raciocínio aplicado à reconvenção, então as suas premissas devem ser utilizadas.

Além disso, o próprio dispositivo processual consigna que essa prova deve ser produzida desde que ela se relacione ao mesmo fato e que a sua realização não implique demora excessiva, o que contrariaria o princípio da duração razoável do processo.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr. e Paula Sarno Braga afirmam que “É preciso permitir que os interessados, mesmo o demandado, possam requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, se relativa ao mesmo fato, salvo se comprometer em demasia a duração razoável do processo”.³⁶⁰

Muito embora o dispositivo legal limite a ampliação do objeto do processo de produção antecipada de provas pelo réu, é preciso considerar que não necessariamente a

³⁵⁹ BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020.

³⁶⁰ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias Autônomas: produção antecipada de prova e justificação. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, v. 218, p. 24.

relação jurídica conflituosa estará bem determinada pelo autor. Nas palavras de Flávio Luiz Yarshell, “no contexto da produção antecipada, há relativa indeterminação nos fatos relevantes pela simples razão de que a medida se destina exatamente a isso: investigar e revelar fatos”.³⁶¹ Assim, até mesmo para a realização do escopo da produção antecipada de provas, a vedação à ampliação dos fatos pelo réu não é absoluta; é suficiente a conexão com os fatos apresentados pelo autor, com a limitação de que a realização dessas provas não implique aumento excessivo na duração do processo.³⁶²

Nesse sentido, na produção antecipada de provas, também é possível a cumulação de pedidos. O autor pode cumular pedidos de produção de meios de provas distintos. Ou seja, o importante é que as provas sejam especificadas na petição inicial, de modo que elas sejam produzidas adequadamente ao longo do procedimento.

Em relação ao artigo 382, §3º, ainda, Daniel Amorim Assumpção Neves sustenta que “Teria sido mais racional o legislador ter previsto a possibilidade de homologações parciais de cada meio de prova imediatamente após sua produção”.³⁶³ Esse raciocínio se justifica na medida em que, por exemplo, em termos de duração, em condições normais, a produção de uma prova oral para a realização do depoimento pessoal do réu é muito mais rápida do que a realização de uma perícia de engenharia.

De todo modo, é inquestionável que o legislador desejou abranger a produção antecipada de provas, sem, contudo, que haja prejuízo à duração razoável do processo.

³⁶¹ YARSHELL, Flávio Luiz. Da Produção Antecipada da Prova. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Coordenadores: Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.039.

³⁶² Para Flávio Luiz Yarshell, “(...) se a medida é destinada a esclarecer fatos, é preciso não interpretar a restrição legal de forma incompatível com o escopo do instituto, quando considerado em sua unidade. Isso quer dizer que algum alargamento dos fatos pelo requerido, desde que isso gravite em torno dos fatos postos pelo autor, afigura-se medida não só possível, mas desejável, sem que se contrarie a literalidade do texto. Pensar de forma diversa seria dar azo a resultado ilógico: vedada de forma absoluta a ampliação dos fatos no mesmo processo, a solução seria a remessa do réu para outra demanda probatória autônoma, em vias próprias. Mas, a simples *conexão* entre os fatos objeto da prova já seria suficiente para recomendar a reunião dos processos, conforme regra geral do art. 55, § 1.º, que continua a ser norma de direção processual, fundada em racionalidade e em economia. Assim, a ampliação acabaria por vir de qualquer forma, de modo até mais tortuoso. Portanto, quando o juiz tiver que decidir sobre eventual ampliação dos fatos, deve fazê-lo com ponderação, para que o indeferimento não seja mais prejudicial do que a admissibilidade” (YARSHELL, Flávio Luiz. Da Produção Antecipada da Prova. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Coordenadores: Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.039).

³⁶³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 677.

3.7 LIMITES DA COGNIÇÃO: ENTRE A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS E EVENTUAL DEMANDA PARA A DISCUSSÃO DO DIREITO MATERIAL. O QUE PODE SER DISCUTIDO?

Na produção antecipada de provas, é importante a definição do seu objeto e dos limites da cognição do juiz, de modo a verificar o que pode ser discutido nessa demanda.

O mérito da causa é o objeto do processo, ou seja, explícita a pretensão de direito material deduzida em juízo. O objeto da demanda que visa a produção antecipada de provas é a própria produção da prova. Assim, a pretensão deduzida em juízo é o exercício do direito à prova, que é o mérito e o direito material buscado na produção antecipada de provas. Não se trata, contudo, da discussão sobre a relação de direito material subjacente ao conflito, muito embora ela seja fundamental para subsidiar a realização da prova.

Em relação ao objeto da produção antecipada de provas, Flávio Luiz Yarshell afirma que “a pretensão deduzida (objeto do processo) não consiste em uma declaração do direito material aplicável ao caso concreto”.³⁶⁴ De fato, discute-se a busca pela prova e a sua produção, que deve ser os seus contornos estabelecidos.

No processo de conhecimento, o objeto da prova é definido pela decisão de organização e saneamento do processo (artigo 357, II). No procedimento da produção antecipada de provas, não há essa decisão, mas é evidente que se exige a definição do objeto da prova. O objeto, então, é definido pelas narrativas apresentadas pelo requerente, requerido e interessados. Cada um apresenta a sua versão dos fatos que se pretende provar, de forma similar ao que acontece no processo de conhecimento.³⁶⁵

³⁶⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 317.

³⁶⁵ Em relação ao conceito de cognição, Kazuo Watanabe afirma que “A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo” (WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Perfil, 2005, p. 67). Com efeito, na produção antecipada de provas não há valoração da prova produzida, porém, para o deferimento ou não da prova, o juiz analisará todas as questões atinentes a esse direito, inclusive questões de direito material a respeito, por exemplo, da preservação do direito à privacidade. A limitação da cognição nesse processo é exatamente a impossibilidade de valoração da prova produzida antecipadamente, que poderá ser realizada em eventual e futura demanda voltada à discussão da relação jurídica de direito material conflituosa.

Nesse sentido, “a circunstância de o objeto do processo não consistir em pretensão de declaração do direito sugere também que, no direito à prova, a tutela pretendida se prestaria a sanar uma crise de ordem estritamente processual”.³⁶⁶

Desse modo, o provimento jurisdicional, por ser processual, não tem o condão de alcançar a relação de direito material potencialmente conflituosa que pode vir a ser deduzida por meio de uma outra demanda voltada exclusivamente para essa finalidade. De fato, afirma-se que “a cognição que se exerce no processo instaurado para a produção antecipada da prova sobre a relação de direito material deve ter o exclusivo escopo de determinar a admissibilidade e a extensão das medidas de instrução”.³⁶⁷

Não há dúvidas de que o objeto da produção antecipada de provas é a realização da prova. Apesar disso, vale destacar que, muito embora, na produção antecipada de provas, o objetivo seja claramente o esclarecimento dos fatos, seja para analisar a viabilidade da futura demanda, seja para evitar litígios, seja, ainda, para possibilitar soluções autocompositivas, o fato é que “para que se delimite o alcance das providencias de instrução preliminar é preciso, de alguma forma, delimitar a relação material e a controvérsia dela resultante”.³⁶⁸

Nesse sentido, dado o objeto da produção antecipada de provas, é vedado ao juiz decidir sobre o direito das partes que ensejam o conflito.

Na prática, essa regra é imprescindível até mesmo para conceder efetividade do procedimento de produção antecipada de provas. Isso porque, como já analisado, uma das preocupações do legislador foi exatamente a prevenção de futuros litígios. Assim, as partes têm segurança jurídica e liberdade para produzir provas e não se vincular a um pré-julgamento do seu direito. Essa é mais uma exteriorização da autonomia do direito à prova.

A análise dos poderes instrutórios do juiz da produção antecipada de provas é questionável, em especial pela linha que há quando se analisa o seu objeto e o da demanda para a discussão da relação jurídica de direito material. Assim, pergunta-se quais seriam os

³⁶⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 317.

³⁶⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 361.

³⁶⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 358.

limites da atuação do juiz na produção antecipada de provas, e se o artigo 382 do Código de Processo Civil de 2015 lhe conferiria essa liberdade.³⁶⁹

Há dois modelos tradicionais de processo, o que também é transportado para as noções de prova: (i) adversarial ou acusatório, comum nos países do sistema da *common law*, e (ii) dispositivo ou inquisitorial, que se verifica nos países de *civil law*.³⁷⁰ O modelo adversarial alinha-se com um processo impulsionado preponderantemente pelas partes.³⁷¹ O juiz não tem um papel ativo no contexto probatório. Já no modelo inquisitorial, o juiz tem um papel mais ativo na produção da prova. Como ressaltado, atualmente tem-se defendido o *modelo cooperativo*, de modo que haveria um maior diálogo entre as partes e o juiz, cujas considerações a respeito já foram realizadas neste trabalho (tópico 1.3.2).

Especificamente no contexto da produção antecipada de provas, é necessário destacar a desvinculação do juiz da possível *demanda principal* à prova produzida antecipadamente. O artigo 382, § 2º, do Código de Processo Civil de 2015 prevê que o juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou não do fato bem como sobre as respectivas consequências jurídicas.³⁷²

Essa ideia não é nova, e pode ser referenciada ao que entendia no Código de Processo Civil de 1973, quando se discutia a revelia na produção antecipada de depoimento pessoal. Nessa hipótese, Ovídio A. Baptista da Silva afirmava exatamente que a consequência da confissão não se aplicaria, pois os contornos da *demanda principal* não eram conhecidos.³⁷³

³⁶⁹ “Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, entendia-se que deveria haver uma justificativa sumária para o deferimento da produção antecipada de provas, de modo que fosse demonstrada com clareza a pertinência das questões debatidas que pudessem vir a ser conhecidas em processo futuro, no exercício do direito de ação ou do direito de defesa” (ALVES, André Bruni Vieira. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência. **Direito probatório**. Coordenadores: Fredie Didier Jr., Marco Félix Jobim e William Santos Ferreira. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 560).

³⁷⁰ Michele Taruffo, ao fazer referência aos modelos tradicionais, sugere uma outra classificação: “Com o objetivo de enfrentar esses problemas, pode-se empregar uma distinção mais correta e menos carregada de ideologia: a distinção entre sistemas probatórios «centrados nas partes» e «centrados no juiz». Tal distinção, todavia, apenas identifica os polos de uma escala na qual se podem situar os sistemas probatórios reais. De fato, nenhum sistema é puramente «centrado nas partes» ou «centrado no juiz»: os sistemas reais podem pender mais para um ou para outro lado, dependendo de como se definam e se combinem entre si os papéis das partes e do juiz” (TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução: João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 108-109).

³⁷¹ “O procedimento probatório está caracterizado por dois aspectos principais: a) desenvolvimento por diálogo entre as partes (conhecido atualmente no *common law* como adversary system); b) ocorrer diante de um juiz passivo. Este modelo pode ser assim definido como isonômico, porque as partes se encontram em pé de igualdade. O juiz apenas verifica da admissibilidade da prova” (ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 116, p. 343).

³⁷² BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020.

³⁷³ “Não há, realmente, outra alternativa senão aceitar a possibilidade de tomada do depoimento pessoal da parte, em procedimento *ad perpetuam memoriam*, em face da tradição de nosso direito e perante a disposição

A princípio, diante da disposição legal, não há como se falar em poderes instrutórios do juiz. Tanto é assim que, a exemplo do que foi verificado no que se refere à competência, mais uma vez o legislador pretendeu desvincular o direito à prova da eventual e futura demanda para a discussão da relação jurídica de direito material conflituosa.

Segundo o artigo 370 do Código de Processo Civil de 2015, cabe ao juiz, “de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito”. Como visto, o objeto da produção antecipada de provas é exclusivamente a realização de provas que podem ou não ser utilizadas futuramente para fundamentar um outro processo. Em razão disso, entende-se que os poderes instrutórios do juiz na produção antecipada de provas são muito mais limitados, na medida em que, ao menos conforme está previsto na legislação atualmente, sequer será ele o responsável pela instrução do eventual processo para a discussão do mérito do conflito das partes.

A despeito disso, em eventual demanda para a discussão do direito material após a produção antecipada de provas, à luz do artigo 370, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015, e considerado os princípios da eficiência e da economia processual, caberá ao juiz indeferir diligências inúteis ou simplesmente protelatórias.³⁷⁴

Em sentido contrário ao que se entende no texto, ao pensar na efetividade, outro raciocínio poderia ser adotado para a produção antecipada de provas. Isso porque, muito embora não haja prevenção do juízo para eventual demanda para a discussão da relação jurídica de direito material, poder-se-ia afirmar que o juiz teria possibilidade de intervir ativamente no processo em busca da concretização dos escopos do processo, o que poderia acontecer tanto na produção antecipada de provas (participação para elucidar os fatos por meio da intervenção na produção da prova), como também para conferir maior utilidade à prova produzida antecipadamente em eventual e futura demanda que venha a ser proposta.³⁷⁵

clara do art. 846; porém, não se lhe há de aplicar a pena de confissão, o que significaria já *produção de prova* e não simples assecuração dos elementos de fato que hão de ser avaliados pelo juiz da demanda satisfativa. Com efeito, se a parte fosse havida por confessa no juízo da demanda cautelar, esse resultado invadiria o processo da ação onde a prova tivesse de ser produzida, como um resultado já conseguido, antes mesmo que a prova fosse proposta e admitida na ação satisfativa” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 390-391).

³⁷⁴ CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d’Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Curso de processo civil completo**. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 740.

³⁷⁵ Ao tratar da demanda de mérito, José Roberto dos Santos Bedaque defende que o juiz tenha uma postura ativa na produção de provas: “A visão publicista do fenômeno processual exige julgador comprometido com a efetivação do direito material. Para tanto, pode determinar, a qualquer momento e de ofício, sejam produzidas provas necessárias ao seu convencimento. Trata-se de atitude não apenas admitida pelo ordenamento, mas

Nesse sentido, inclusive, o artigo 372 Código de Processo Civil de 2015 passou a prever que “o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo (prova emprestada), atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”.³⁷⁶ Assim, a despeito de as disposições processuais específicas conduzirem a essa conclusão, os poderes do juiz com relação à produção antecipada de provas podem não ser nulos.

De todo modo, em conclusão, a despeito da impossibilidade de valoração da prova produzida antecipadamente, vale destacar que caberá ao juiz a admissibilidade da prova, bem como a especificação dos limites dentro dos quais ela deverá ser produzida, sempre garantindo às partes o direito de manifestação, o que concederá maior efetividade à prova.³⁷⁷

3.8 SENTENÇA PROFERIDA NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

Diante do que foi exposto até o momento, pode-se concluir que a produção antecipada de provas tem um escopo bem definido e se relaciona estritamente ao direito à prova, e não à declaração do direito material. Trata-se, assim, da efetiva produção da prova, e o juiz deve assegurar o procedimento e, ao final, proferir sentença.

desejada por quem concebe o processo como instrumento efetivo de acesso à ordem jurídica justa” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Garantia da amplitude de produção probatória. Garantias constitucionais do processo civil*. Coordenador: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 182).

³⁷⁶ THAMAY, Rennan Faria Krüger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro. Primeiras impressões sobre o direito probatório no CPC/2015. In: *Novo CPC doutrina selecionada*, v. 3: provas. Coordenador geral: Fredie Didier Jr. Organizadores: Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 233).

³⁷⁷ “Conforme considerações precedentes, o reconhecimento prematuro da inexistência do direito material no processo instaurado para a produção antecipada da prova, embora possa até resultar do confronto das alegações feitas pelas partes (e, assim, a partir de elementos trazidos pelo demandado), é de ser extraído essencialmente das alegações feitas pelo demandante. O raciocínio é este: suposto que os fatos tenham se passado conforme narrado pelo demandante e suposto que a prova que ele pretende produzir antecipadamente confirme tais fatos, ainda assim, mesmo em tese, não é possível deles extrair consequência jurídica favorável ao demandante. Nesse particular, reconhecer que o processo instaurado para produção da prova possa conter cognição sobre a relação de direito material não pode e não deve desvirtuar seu objeto, que, a toda evidência, se restringe à produção da prova, ainda vista de forma não diretamente vinculada ao julgamento estatal. Pensar diferentemente seria anular a essência da antecipação e tratá-la sob o prisma do modelo tradicional de postulação, instrução e decisão estatal. Assim, não será demasiado frisar que a cognição que se permite exercer nesse momento é voltada essencialmente ao juízo de admissibilidade da prova que se quer produzir de forma antecipada. Se, a partir daí, pela clareza dos elementos que aflorem, já for possível não só barrar a prova como, ainda, reconhecer inexistente o direito material que o demandante afirmou existir, tanto melhor para o Estado e para o demandado, cuja esfera jurídica deixa de sofrer interferência. Mas tal cognição não deve ir além desses limites, porque isso – repita-se – equivaleria a nulificar o escopo pretendido pela pré-constituição da prova” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 359-360)

A sentença será proferida para homologar a produção da prova. Na linha do que foi sustentado anteriormente, Fredie Didier Jr. afirma que, na sentença constitutiva e homologatória da produção antecipada de provas, “o juiz não valorará a prova nem se debruçará sobre eventual direito material correspondente à alegação de fato que se buscava provar”. Nesse sentido, se for o caso, a valoração da prova pelo juiz ocorrerá na demanda proposta para a discussão da relação jurídica de direito material, que poderá utilizar-se da prova produzida antecipadamente, o que será analisado no último capítulo.

Por um lado, a sentença que julga a produção antecipada de provas deve se ater aos pedidos de produção de prova constantes na petição inicial ou nas manifestações eventualmente apresentadas por interessados.³⁷⁸ De outro lado, ainda que o resultado da produção antecipada de provas aparente considerável vantagem a uma das partes, não será possível declarar o seu direito, pois outros elementos podem ser produzidos em eventual e futuro processo, e os pedidos nessa demanda serão formulados de forma mais específica e podem requerer outros elementos probatórios que não foram debatidos ou produzidos.

Ademais, Flávio Luiz Yarshell afirma que “Embora possa gerar alguma perplexidade, tendo em vista o caráter processual da prova, parece lícita e, sobretudo, coerente com as idéias aqui desenvolvidas a de que, no caso de improcedência da demanda, ocorre o fenômeno da coisa julgada material”.³⁷⁹ De fato, muito embora inexista o pronunciamento sobre a relação jurídica de direito material, a prova produzida antecipadamente, cujo mérito é o direito à prova, foi submetida ao contraditório.³⁸⁰ Nesse sentido, Eduardo Talamini afirma que a coisa julgada material terá lugar se a decisão foi “proferida em processo desenvolvido em regime de contraditório entre as partes”.³⁸¹

Muito embora a sentença seja meramente homologatória, conforme já afirmado no que se refere à natureza jurídica da produção antecipada de provas, vale destacar que é

³⁷⁸ Nesse contexto, “Sendo o pedido de produção de prova, a declaração do direito representaria julgamento divorciado dos termos da demanda e, mais que isso, possivelmente ofenderia a garantia do contraditório, tomando as partes de surpresa” (YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 361).

³⁷⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 332.

³⁸⁰ “Apenas é constitucionalmente deferível a coisa julgada à decisão proferida em processo desenvolvido em regime de contraditório entre as partes – o qual será efetivo ou potencial, conforme o grau de disponibilidade dos interesses em disputa. Somente pode ser destinatário de comando irreversível aquele a quem antes foi dada a oportunidade de participar do processo de formação desse comando” (TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 53).

³⁸¹ DIDIER JR., Fredie. **Produção antecipada da prova. Direito probatório**. Coordenadores: Fredie Didier Jr., Marco Félix Jobim e William Santos Ferreira. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 596.

equivocado afirmar que o juiz não decide nesse processo.³⁸² Há, sim, decisão sobre o mérito do processo, que é exatamente a produção antecipada de provas.

Por fim, o futuro emprego da prova será destinado pelas partes. Todos os sujeitos processuais podem se utilizar e se beneficiar da prova produzida antecipadamente. Autor e réu podem, inclusive, se utilizar da prova simultaneamente, pois podem eventualmente propor demandas distintas para a discussão da sua relação jurídica.

Ainda, vale destacar que o artigo 383, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015 prevê que “Os autos permanecerão em cartório durante 1 (um) mês para extração de cópias e certidões pelos interessados”. O parágrafo único, por sua vez, dispõe que “Findo o prazo, os autos serão entregues ao promovente da medida”.³⁸³

Em linhas gerais, entende-se que esse artigo não se alinha à nova realidade do processo eletrônico, mas não deixa de ser importante a referência, na medida em que ainda há foros nos quais os processos de iniciam de forma física. Por outro lado, ainda que com referência aos processos físicos, o parágrafo único não está em consonância com a nova produção antecipada de provas, na medida em que a prova não pertence a uma parte ou a outra, mas a todos os sujeitos processuais que participaram do processo.³⁸⁴

Diante do exposto, entende-se que a sentença na produção antecipada de provas é simples, pois se servirá a validar o regular procedimento da produção da prova. Assim, o juiz deverá assegurar a observância das regras procedimentais e dos princípios aplicáveis.

3.9 A NÃO ADMISSÃO DE DEFESA OU RECURSO

A não admissão de defesa ou recurso na produção antecipada de provas foi uma profunda inclusão apresentada pela nova legislação processual civil, sendo, talvez, o maior equívoco do legislador. O artigo 382, §4º, do Código de Processo Civil de 2015, estabelece

³⁸² Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, Ovídio A. Baptista da Silva já sustentava que “O juiz da cautelar de asseguarção de prova, *enquanto juiz*, tem de decidir, quando mais não seja, para julgar a observância das regras procedimentais de forma, anulando o procedimento se constatar a existência de alguma irregularidade formal que torne nulo o processo” (SILVA, Ovídio A. Batista da. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 411).

³⁸³ BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020.

³⁸⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 679.

de forma expressa e literal, que “não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário”.³⁸⁵

Na legislação anterior, não se admitia defesa ou recurso no procedimento da justificação, que também permanece hoje no atual Código de Processo Civil de 2015. Contudo, o dispositivo não tem perfeita correspondência no Código de Processo Civil de 1973, e é um dos temas mais debatidos e criticados em razão da limitação peremptória da possibilidade de apresentação de defesa e de interposição de recurso.³⁸⁶

É claro que, como já assentado, a produção antecipada de provas não tem como objeto a realização de prova sobre os fatos relacionados ao potencial conflito. Entretanto, como será abordado especificamente sobre a defesa e o recurso, deve-se interpretar esse dispositivo a fim de que não aconteçam arbitrariedades.

3.9.1 Defesa

O princípio do contraditório está diretamente relacionado à defesa na produção antecipada de provas. Como visto, o mérito do processo de produção antecipada de provas é a própria prova, e não a relação de direito material. Trata-se da consolidação do direito autônomo à prova, que deve ser produzida à luz das garantias constitucionais.

Contudo, ao aparentemente destacar a produção antecipada de provas como um procedimento de jurisdição voluntária, o legislador expressamente vedou a apresentação de defesa.³⁸⁷ Desde logo, à luz do que já foi afirmado sobre os princípios fundamentais no

³⁸⁵ BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020.

³⁸⁶ “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, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, 677-678).

³⁸⁷ Vale destacar que, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, já se admitia a possibilidade de apresentação de contestação na produção antecipada de provas, mas a situação era resolvida pela disposição sobre a contestação em medida cautelar (artigo 802). Nesse sentido, destaca-se que Alfredo Buzaid afirmava que “A doutrina dominante no Brasil não hesita em afirmar que, no procedimento de produção antecipada de provas, é admissível a contestação, tal como está prevista no art. 802 do Código de Processo Civil” (BUZAID, Alfredo. **Estudos e pareceres de direito processual civil**: notas de adaptação ao Direito vigente de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 253).

tópico 1.3, entende-se que esse dispositivo é uma grande falha, razão pela qual, sem prejuízo da segurança jurídica, deve ser interpretado com base nos princípios constitucionais.

De fato, há quem aponte que, salvo no que se refere às questões de ordem pública, o contraditório e a ampla defesa seriam postergados para a eventual *demand principal* que venha a ser proposta.³⁸⁸ Efetivamente, as questões de ordem pública devem ser analisadas, porém não há como justificar a possibilidade de defesa apenas em uma demanda futura que pode inclusive não ser proposta, especialmente em razão da autonomia do direito à prova.

Em outro sentido, há 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. Na mesma linha, também se entende que a proibição de defesa constante da regra do artigo 382 do Código de Processo Civil de 2015 deva ser interpretada como sendo a “(a) ausência de uma via específica para formulação de contestação e (b) não cabimento de discussão sobre o mérito da pretensão (ou defesa) para a qual a prova pode servir no futuro”.³⁸⁹

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart compartilham da visão de que interessados devem ser citados para exercer direito de defesa, embora reduzido – não se permitindo debate do direito material que se quer evidenciar.³⁹⁰

Se não há contestação, há revelia; mas é uma revelia que não pode atingir o direito material em torno do qual a prova é produzida, nem a eficácia da própria prova.³⁹¹ Na pior das hipóteses, só se pode tomar como verdadeiro (por confissão ficta) aquilo que se refira ao fato constitutivo do direito autônomo à prova (exemplo: moléstia grave da parte ou

³⁸⁸ “A parte pode alegar toda a sorte de matéria de ordem pública que obste a produção de prova contra si dirigida. Entretanto, a ampla defesa e o contraditório, que por contestação, ou por recurso já poderiam vir a ser alegados durante o procedimento de produção antecipada de prova, por expressa disposição legal, ficam diferidos para o momento processual adequado, no processo contencioso que eventualmente venha a se instaurar” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1015).

³⁸⁹ TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, v. 260, p. 86.

³⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo cautelar**. São Paulo: Ed. RT, 2008, p. 267.

³⁹¹ “A intimação dos interessados é assaz importante, porque sem ela decrescem o valor objetivo e, provavelmente, a atendibilidade da prova. A revelia dos intimados de modo nenhum prejudica a prova feita. O não-intimado, alegando a falta de intimação, não retira todo o valor da prova – que o juiz pesará e medirá conforme o art. 131. Mas o art. 848, parágrafo único, incide” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo XII: arts. 796-889. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1976, p. 271).

testemunha). Além disso, os interessados que compareçam tardiamente, mas em tempo de participar da coleta da prova, poderão fazê-lo (com quesitos e perguntas).

Por outro fundamento, também, afirma-se que “Admitir a total ausência de defesa, excetuados os casos de indeferimento total das provas requeridas, equivaleria, por certo, a negar o exercício do direito autônomo à prova”.³⁹²

Assim, é mais razoável entender o dispositivo de forma não literal. Há um contraditório reduzido, com menor possibilidade de matérias arguíveis, mas não ausência total de defesa ou de contraditório.³⁹³ Não existirá, em verdade, discussão de mérito ou quanto à valoração da prova, tendo em vista a simplicidade do procedimento. 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 à luz da Constituição Federal sugere que esse raciocínio é pertinente.³⁹⁴

Fredie Didier Jr. e Paula Sarno Braga afirmam que, com relação à admissão de defesa ou recurso, que, em sintonia com a Constituição Federal, deve-se “admitir defesa e recurso no que se refere ao direito à prova e à produção da prova – e, não, quanto à situação jurídica material que esteja a ela correlacionada”.³⁹⁵

A impossibilidade de apresentação de defesa também não se coaduna com o artigo 382, §3º, do Código de Processo Civil de 2015, que dispõe que os interessados poderão requerer a realização de provas no mesmo procedimento. A apresentação de defesa, bem

³⁹² ALVIM, Arruda; GUEDES, Clarissa Diniz. Produção antecipada de prova e juízo arbitral. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, v. 1008, p. 27.

³⁹³ Nesse sentido, destaca-se os comentários de Eduardo Cambi, Rogéria Dotti, Paulo Eduardo d’Arce Pinheiro, Sandro Gilbert Martins e Sandro Marcelo Kozikoski: “A defesa é restrita aos aspectos processuais da ação de produção antecipada de provas, isto é, matérias defensivas conhecíveis de ofício (como a legitimidade do requerente, a competência do juízo, a admissibilidade e a relevância da medida pleiteada), não se destinando a discutir questões de mérito de eventual processo futuro (NCPC, art. 382, §2º, e Enunciado 32 da I Jornada de Direito Processual Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal)” (CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d’Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Curso de processo civil completo**. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 739).

³⁹⁴ “Assim, a interpretação conforme a Constituição (art. 5.º, LIV e LV) autoriza dizer que a limitação ali estabelecida se justifica apenas no limite do que constou do §2.º do art. 382 e considerando a circunstância de que no processo da antecipação não são valorados fatos e menos ainda resolvidas questões de mérito; exceto se para justificar a inadmissibilidade da prova ou de sua antecipação. Fora daí, a possibilidade de defesa e de exercício do contraditório pelo demandado deve ser ampla, como é a correspondente norma constitucional” (YARSHELL, Flávio Luiz. Da Produção Antecipada da Prova. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Coordenadores: Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.042).

³⁹⁵ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, v. 218, p. 24.

como a oportunidade de o autor se manifestar sobre o pedido de produção de provas pelos interessados, constituem o próprio limite que a produção antecipada de provas abrangerá.

No Tribunal de Justiça de São Paulo, observam-se importantes decisões que inclinam um posicionamento mais pacífico a respeito do tema.

Com fundamento no princípio do contraditório, tem-se entendido pela impossibilidade de vedação ao exercício do direito de defesa por meio da apresentação de contestação, que deve se limitar, evidentemente, às questões que envolvam a prova, e não a relação jurídica de direito material.³⁹⁶

Portanto, deve-se entender que não há defesa quanto ao conflito subjacente aos fatos que se pretendem provar, mas não quanto à prova a ser produzida antecipadamente para que esse dispositivo não resulte em absurdos e até em inconstitucionalidade, o que poderia gerar até mesmo a invalidade da prova na hipótese de ela ser apresentada em eventual e futura demanda para a discussão da relação jurídica de direito material.

³⁹⁶ “Agravado de instrumento. Produção antecipada de prova. Impossibilidade, sob pena de inconstitucionalidade, de se afastar por completo a apresentação de defesa. Direito de fiscalização do acionista. Acionista, porém, que não é livre para determinar o meio pelo qual irá exercer este direito. Existência de meios menos danosos ao desempenho normal das atividades da empresa. Descabimento da perícia pleiteada. Multa imposta em embargos declaratórios tidos por protelatórios afastada. Decisão reformada. Recurso provido” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravado de Instrumento 2247858-19.2017.8.26.0000**. Relator: Claudio Godoy. Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Foro de Santos - 5ª Vara Cível. Data do Julgamento: 23/04/2018. Data de Registro: 24/04/2018).

“Locação em 'Shopping Center'. Ação de exibição de documento convertida em procedimento de Produção Antecipada de Provas. Citação da requerida para acompanhar o procedimento e apresentar, desde logo, os documentos pleiteados na inicial. Inadmissibilidade. Exaurimento da medida. Ofensa ao contraditório e à ampla defesa. Art. 382, §1º do CPC. Direito do interessado de participar do processo. Exercício do contraditório que se dá pela apresentação de defesa. Impossibilidade de debate apenas no que diz respeito à valoração da prova ou ao direito material subjacente. Interpretação do disposto no §4º, do art. 382 do Estatuto Processual, que deve se dar de acordo com os princípios constitucionais. Decisão cassada. Recurso parcialmente provido” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravado de Instrumento 2147881-54.2017.8.26.0000**. Relator: Bonilha Filho; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado. Foro de São José do Rio Preto - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/07/2018. Data de Registro: 27/07/2018).

“Ação de produção antecipada de prova. Determinação de processamento. Recurso. Agravado de instrumento. Alegação de inviabilidade da produção de prova pericial, porque inútil. Não cabimento e ausência de interesse recursal. Não conhecimento. 1. De acordo com a sistemática legal, não cabe recurso contra o pronunciamento que determina o processamento, para a colheita da respectiva prova (CPC, artigo 382, § 4º). 2. À luz do princípio do contraditório, nas ações probatórias em que se faz presente o caráter contencioso, naturalmente, haverá de ser admitida a defesa, cujo âmbito será bem restrito. Nessa perspectiva, porém, não se justifica a utilização do agravo para questionar o ato, mas de defesa dirigida ao próprio Juízo, suscitando o questionamento respectivo, de modo a permitir a devida apreciação. Nessa perspectiva, portanto, falta interesse processual para a utilização do agravo” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravado de Instrumento 2225564-02.2019.8.26.0000**. Relator: Antonio Rigolin. Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado. Foro de Limeira - 5ª Vara Cível. Data do Julgamento: 25/07/2017. Data de Registro: 30/10/2019).

3.9.2 Recurso

Com relação à limitação recursal, o artigo 381, §4º, do Código de Processo Civil de 2015 estabelece que não se admitirá recurso, “salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário”.³⁹⁷

O dispositivo processual não apenas restringe o mérito do recurso, que somente pode ser interposto se o pedido de produção da prova for completamente indeferido, como também limita que somente o autor possa se utilizar do instrumento recursal. Há claramente uma situação de incongruência gerada por esse artigo.

No direito francês, não há essa restrição à interposição de recursos. No que se refere às medidas de instrução *in futurum*, as decisões que concedem ou indeferem os pedidos de realização da prova podem ser objeto de recurso imediatamente.³⁹⁸ Por exemplo, caso a prova tenha sido equivocadamente indeferida, haverá prejuízo à parte que a requereu, pois somente lhe restará discutir essa prova na demanda para a discussão da relação jurídica de direito material, o que poderá inutilizar o procedimento para a obtenção antecipada da prova. Também é interessante notar que, na Espanha, a *Ley de Enjuiciamiento Civil* prevê expressamente que caberá recurso da decisão que indeferir a realização das *diligencias preliminares*, não havendo restrição no caso de a decisão indeferir parcial ou totalmente.³⁹⁹

Em relação à vedação recursal prevista no artigo 382, §4º, do Código de Processo Civil de 2015, Fredie Didier Jr. afirma que se a produção antecipada da prova for indeferida pelo juiz, será proferida sentença com a extinção do processo. Entretanto, se as provas forem indeferidas apenas parcialmente, ele defende que estar-se-á diante de uma decisão interlocutória de mérito, que desafiará a interposição de agravo de instrumento.⁴⁰⁰

³⁹⁷ BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020.

³⁹⁸ “L’ordonnance de référé octroyant ou refusant une mesure d’instruction *in futurum* peut donc faire l’objet d’un appel immédiat par le plaideur insatisfait, sans que l’autorisation du premier président de la cour d’appel soit exigée en cas de décision faisant droit à une demande d’expertise *in futurum*” (DESPRÉS, Isabelle. **Les mesures d’instruction in futurum**. Paris: Dalloz, 2004, p. 433).

³⁹⁹ “A LEC prevê, ainda, no seu apartado número 2 do art. 258, que não será aceito nenhum recurso da decisão que admitir a solicitação das diligências preliminares, sendo diferente na hipótese de inadmiti-la, momento em que o solicitante das atividades preparatórias terá a faculdade de interpor recurso de apelação em face desta decisão de rejeição” (BRAUN, Tiele Espanhol. **Ação civil: atividades preparatórias e análise crítica das diligências preliminares à luz da Ley de Enjuiciamiento Civil Espanhola**. Curitiba: Juruá, 2019, p. 75).

⁴⁰⁰ “Quanto ao recurso, cabe um esclarecimento. Se a decisão rejeitar totalmente a produção da prova, o caso é de sentença apelável – daí a expressa previsão legal. Se, porém, o requerente cumular pedidos – produção de

Com base na doutrina de Cândido Rangel Dinamarco, à luz desse dispositivo processual, as decisões que indeferem parcialmente a produção antecipada de provas seriam irrecorríveis, porém essa escolha legislativa “colide com o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição e com as garantias do devido processo legal e da ampla defesa”.⁴⁰¹

Em outro sentido, mas ainda em relação ao indeferimento parcial das provas a serem produzidas antecipadamente, Marcelo José Magalhães Bonizzi sustenta que, nesse caso, seria legítima a ausência de recurso, pois “essas provas que foram indeferidas poderão ser produzidas no futuro, quando houver a necessidade de instaurar um processo judicial”.⁴⁰² Esse entendimento se baseia na ideia de que não haveria potencial prejuízo às partes em decorrência da impossibilidade de interposição de recurso desta decisão, além do fato de que as decisões que têm por objeto a prova não desafiam agravo de instrumento.⁴⁰³

Em relação ao argumento de que não haveria prejuízo no que se refere à inadmissibilidade da tutela recursal na produção antecipada de provas, Flávio Luiz Yarshell defende que “a lei parece ter partido da falsa premissa de que o deferimento da prova jamais poderia acarretar prejuízo para o demandado; o que é clamoroso equívoco”.⁴⁰⁴

De fato, entende-se que se o juiz deferir a produção de uma prova que viole algum direito do réu, ele terá interesse para a interposição de recurso para reformar essa decisão.⁴⁰⁵

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 – está-se diante de uma decisão interlocutória de mérito (art. 1.015, II, CPC)” (DIDIER JR., Fredie. Produção antecipada da prova. **Direito probatório**. Coordenadores: Fredie Didier Jr., Marco Félix Jobim e William Santos Ferreira. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 594).

⁴⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume III. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 118.

⁴⁰² BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 105.

⁴⁰³ “Não parece efetivamente haver incongruência na previsão de irrecorribilidade das decisões proferidas no procedimento da produção antecipada da prova no NCPC, por dois motivos: (i) por não terem aptidão, a princípio, a causar prejuízo às partes; (ii) pelo fato de as decisões referentes à prova, na sistemática recursal do NCPC, efetivamente não serem objeto de recorribilidade imediata” (FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. Breves reflexões sobre a produção antecipada da prova no NCPC. **Novo CPC doutrina selecionada**, v. 3: provas. Coordenador geral: Fredie Didier Jr. Organizadores: Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 642).

⁴⁰⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. Da Produção Antecipada da Prova. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Coordenadores: Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.042.

⁴⁰⁵ “Deve o recorrente ter *necessidade* de interpor o recurso, como único meio para obter, naquele processo, o que pretende contra a decisão impugnada. Se ele puder obter a vantagem sem a interposição de recurso, não estará presente o requisito do interesse recursal. (...). Quanto à *utilidade*, a ela estão ligados os conceitos mais ou menos sinônimos de *sucumbência*, *gravame*, *prejuízo*, entre outros. E é a própria lei processual que fala em parte *vencida*, como legitimada a recorrer (CPC 499). (...). Como se pode notar, a sucumbência é aferível com base na soma de vários critérios distintos. A tão só desconformidade da decisão com os requerimentos formulados pelas partes não basta, por si só, para caracterizar a sucumbência. O recorrente deve, portanto, pretender alcançar algum proveito, do ponto de vista prático, com a interposição do recurso, sem o que não

Desse modo, Flávio Luiz Yarshell bem conclui que “só não há interesse recursal para tratar de aspectos relativos à valoração da prova ou ao mérito da decisão”.⁴⁰⁶

Vale destacar, ainda, a opção legislativa de que eventual recurso somente poderia ser interposto pelo *requerente originário*. Se o Código de Processo Civil de 2015 passou a prever expressamente a produção da prova sobre o mesmo fato, que pode ser requerida pelos próprios interessados no processo, não há como se conceber a impossibilidade de interposição de recurso por eles. Essa seria uma violação ao princípio da igualdade das partes, pois não haveria o tratamento igual para situações idênticas.⁴⁰⁷

Diante da complexidade do assunto, a prática ainda demonstra realidades muito opostas. Ao analisar decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo, verifica-se que o artigo 382, §4º, do Código de Processo Civil de 2015 tem sido aplicado literalmente, seja em agravo de instrumento, seja em apelação, de modo a inadmiti-los.⁴⁰⁸

Por outro lado, quando o recurso tem *conteúdo processual*, há decisões com a apresentação de uma interpretação do artigo 382, §4º, do Código de Processo Civil de 2015.

terá ele interesse em recorrer” (NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 300-301).

⁴⁰⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. Da Produção Antecipada da Prova. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Coordenadores: Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.042.

⁴⁰⁷ Sobre o tratamento paritário das partes, Paulo Henrique dos Santos Lucon explica que “No processo, a isonomia revela-se na garantia do tratamento igualitário das partes, que deve ser vista não apenas sob o aspecto formal, mas também (e principalmente) analisada pelo prisma substancial. A paridade das partes no processo tem por fundamento o escopo social e político do direito; não basta igualdade formal, sendo relevante a igualdade técnica e econômica, pois elas revelarão o modo de ser do processo. Enquanto a igualdade formal diz respeito à identidade de direitos e deveres estatuídos pelo ordenamento jurídico às pessoas, a igualdade material leva em consideração os casos concretos nos quais essas pessoas exercitam seus direitos e cumprem seus deveres” (LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Garantia do tratamento paritário das partes. Garantias constitucionais do processo civil**. Coordenador: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 97).

⁴⁰⁸ “Agravo de instrumento. Produção antecipada de provas. Insurgência contra decisão que acolheu o pedido de produção antecipada de provas. Ante a natureza da ação há expressa proibição de interposição de defesa ou de recurso neste tipo de ação, salvo em face de decisão que indefira completamente a produção de prova pleiteada. Inteligência do artigo 382, §4º do CPC. Ausência de interesse recursal por inconsistência do objeto do recurso, vez que interposto posteriormente à produção de prova deferida. Recurso não conhecido” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2143731-59.2019.8.26.0000**. Relator: Maurício Campos da Silva Velho. Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado. Foro Regional II - Santo Amaro - 12ª Vara Cível. Data do Julgamento: 05/11/2019. Data de Registro: 05/11/2019). “Produção antecipada de provas. Inadmissibilidade do recurso. Ação de produção antecipada de provas, cuja prova pericial fora homologada em sentença. Recurso dos autores, buscando a reforma do julgado, insistindo na tese de que o laudo pericial está incompleto, por não ter realizado a vistoria do muro de divisória imóvel das partes, de forma que se deve determinar a complementação do laudo realizado, condição necessária para que os autores possam exercer seu direito de ação. Rito especial que, por determinação legal, não admite a interposição de recurso. Inteligência do artigo 382, §4º, do Código de Processo Civil. Recurso não conhecido” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1007157-67.2017.8.26.0048**. Relator: José Augusto Genofre Martins. Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado. Foro de Atibaia - 2ª Vara Cível. Data do Julgamento: 22/11/2019. Data de Registro: 22/11/2019).

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo entende que a vedação do recurso na produção antecipada de provas diz respeito a questões que envolvam o direito material, ou seja, ao extrapolar o limite da competência do juízo da produção antecipada de provas.⁴⁰⁹

Portanto, entende-se que a vedação à possibilidade de recorrer no procedimento de produção antecipada de provas não deve prevalecer. Ainda, não apenas o requerente originário deve poder se utilizar do instrumento recursal, mas também todos os interessados na produção da prova, sendo que o mérito do recurso não deverá versar sobre a relação jurídica de direito material, muito menos sobre a valoração da prova.

3.10 DESPESAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Outra questão interessante que se coloca é o tratamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios no que se refere à produção antecipada de provas. O Código de Processo Civil de 2015 não prevê uma disposição específica para a produção antecipada de provas quanto aos honorários advocatícios e às despesas processuais.

⁴⁰⁹ “Agravo de instrumento. Ação de produção antecipada de provas. Infração de patente. Decisão que nomeou nova perita para continuidade do trabalho técnico, mediante escavação do solo das fábricas. Insurgência da requerente. Recurso conhecido. Interpretação do art. 382, §4º, NCPC, e taxatividade mitigada do art. 1.015, NCPC. Não provimento. Ausência de impugnação contra a decisão que havia reconhecido a necessidade da escavação para conclusão da perícia. Não houve emissão de juízo de valor acerca da validade ou invalidade do laudo já realizado. Ademais, as questões relativas à validade, suficiência e abrangência das provas só poderão ser posteriormente analisadas, respeitando-se os limites cognitivos do magistrado em sede de ação de produção antecipada de provas. Recurso não provido” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2129485-58.2019.8.26.0000**. Relator: Alexandre Lazzarini. Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Foro Central Cível - 3ª Vara Cível. Data do Julgamento: 07/08/2019. Data de Registro: 06/11/2019).

“Apelação. Produção antecipada de prova. Exibição de documentos. Preliminares. Alegação de irrecurribilidade decisão. Rejeição. Razões recursais de conteúdo processual. Cabimento da apelação. (...). A necessidade de se admitir a impugnação pela parte interessada é muito bem observada por Flávio Luiz Yarshell. Ele critica a dicção do dispositivo quando, especialmente, o deferimento da antecipação “violam direitos constitucionalmente assegurados, como sigilo, intimidade e privacidade”, resultando manifesto prejuízo ao demandado (Breves comentários ao novo código de processo civil, Revistas dos Tribunais, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas, 2015, p. 1042). Considerando a natureza das matérias impugnadas pela apelante e o encerramento do procedimento a partir da condenação à exibição dos documentos, é de se admitir a recorribilidade e a adequação da via processual eleita pela apelada, razão pela qual se rejeita a preliminar de contrarrazões” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1011381-62.2017.8.26.0011**. Relator: Hamid Bdine. Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Foro Regional XI - Pinheiros - 4ª Vara Cível. Data do Julgamento: 25/07/2018. Data de Registro: 27/07/2018).

O entendimento doutrinário e jurisprudencial⁴¹⁰ predominante na vigência do Código de Processo de 1973 era o de que não seriam devidos honorários advocatícios de sucumbência na produção antecipada de provas, a qual tinha um caráter vinculado à *demanda principal* e à necessidade de urgência para que a tutela fosse concedida.

Ainda em momento anterior ao Código de Processo Civil de 2015, entretanto, à luz do princípio da causalidade, começou-se a entender pela necessidade de fixação de honorários advocatícios de sucumbência em razão da resistência do réu na produção antecipada de provas.⁴¹¹ Ou seja, diante do caráter contencioso agregado à demanda, que deixaria de ser de jurisdição voluntária, seria cabível a fixação de honorários advocatícios de sucumbência porque o réu deu causa à propositura da demanda.

O Código de Processo Civil de 2015 aumentou as hipóteses de produção antecipada de provas, de modo que a demanda deixou de se fundamentar apenas na urgência. Diante da autonomia reconhecida, é possível afirmar que a questão relativa aos honorários advocatícios de sucumbência pode ser repensada à luz dos propósitos do legislador.

Nesse sentido, com fundamento na existência de resistência, Fredie Didier Jr. afirma que “se existirem outros interessados na diligência probatória, que opuserem algum tipo de resistência à sua realização, aquele que for, ao final, vencido, será condenado nas despesas adiantadas pelo requerente, inclusive nos honorários do seu advogado”.⁴¹²

⁴¹⁰ “Medida cautelar de produção antecipada de prova. Indeferimento da petição inicial em agravo de instrumento interposto pelo Banco requerido, ora recorrente. Honorários de advogado. Precedentes da Terceira Turma. 1. Não discrepa a Terceira Turma sobre o não cabimento de honorários de advogado em medida cautelar de produção antecipada de prova, considerando que não há lide a justificá-los. 2. Recurso especial não conhecido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 401.003/SP**. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma. Julgado em 11/06/2002. DJ 26/08/2002, p. 215).

⁴¹¹ “Medida Cautelar. Produção antecipada de prova. Honorários advocatícios. Medida cautelar de produção antecipada de prova não comporta condenação em honorários advocatícios, por isso que não induz a sucumbência, salvo quando, impugnada pelo requerido, não é admitida. Recurso conhecido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 78.836/SP**. Relator: Ministro Costa Leite. Terceira Turma. Julgado em 13/02/1996. DJ 20/05/1996, p. 16706).

“Agravo regimental no agravo em recurso especial. Processual civil. Ação cautelar de produção antecipada de provas. Existência de pretensão resistida. Condenação do réu ao pagamento dos ônus sucumbenciais. Possibilidade. Agravo regimental não provido. 1. É cabível a condenação do réu, em ação cautelar de produção antecipada de provas, se vencido, ao pagamento dos ônus sucumbenciais quando caracterizada a resistência à pretensão autoral. 2. Tendo a Corte de origem expressamente manifestado a existência de resistência qualificada à pretensão autoral, inclusive com a apresentação de contestação e agravo de instrumento, não há falar em irregularidade na condenação da ré ao pagamento de honorários e demais despesas processuais. 3. Agravo regimental a que se nega provimento” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 513.903/SP**. Relator: Ministro Raul Araújo. Quarta Turma. Julgado em 25/08/2015. DJe 16/09/2015).

⁴¹² DIDIER JR., Fredie. Produção antecipada da prova. **Direito probatório**. Coordenadores: Fredie Didier Jr., Marco Félix Jobim e William Santos Ferreira. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 597.

Ao utilizar esse raciocínio, na vigência do Código de Processo Civil de 2015, o Tribunal de Justiça de São Paulo também tem recente entendimento a esse respeito.⁴¹³ O caráter contencioso da produção antecipada de provas existe, e entende-se que ele é intrínseco à demanda. Considerados os fundamentos possíveis das demandas, se não realizada a composição, é possível presumir que cada parte tem o interesse de se contrapor não à realização da prova, mas à forma como as providências probatórias serão adotadas, com o intuito de obter vantagens processuais em eventual e futura demanda.

Apesar desse cenário, é preciso analisar as especificidades da sucumbência para a produção antecipada de provas. O artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015 dispõe que “A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”.⁴¹⁴ Na situação em que o requerido na produção antecipada de provas opõe resistência à produção da prova, é possível cogitar a imposição de honorários de sucumbência; caso a resistência seja infundada, deve-se considerá-lo vencido, com a consequente condenação ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência.

Nesse caso, o raciocínio seria de que o réu deu causa à propositura da demanda. Contudo, na hipótese de não haver resistência para a realização da prova em si, mas ao andamento da realização desta prova, a exemplo da apresentação e impugnação de quesitos em uma perícia, a situação não pode ser resolvida com base na causalidade. Isso porque, na produção antecipada de provas, não há propriamente uma parte vencedora e uma parte vencida, mesmo porque a prova não pertence a um ou a outro. Nesse sentido, por se tratar de uma ação em que não há análise da relação de direito material, não se pode averiguar quem de fato deu causa à demanda, mas entende-se que se trataria de sucumbência recíproca.

Com relação às despesas processuais, a sentença deverá “conter um capítulo condenatório relativo às despesas processuais”, que, em princípio, “correm por conta do requerente da medida” ou por aqueles interessados que venham a pedir a produção

⁴¹³ “Prestação de serviços. Produção antecipada de provas. Honorários. 1. É pacífico o entendimento do STJ no sentido de que ‘não são devidos honorários na produção antecipada da prova’, no entanto ‘deve ser condenado a pagar honorários o réu que resiste à pretensão cautelar de produção antecipada de prova, ao final fica vencido’. 2. Os custos da produção antecipada da prova é de quem a promove, nos termos do artigo 82, § 1º, do CPC, vez que, nos termos do parágrafo segundo do mesmo artigo, na ação principal, é que a sucumbência será aferida. Sentença reformada, neste ponto. Recurso provido em parte para fixar os honorários do advogado do apelante em R\$1.000,00” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 1005934-91.2015.8.26.0002**. Relator: Felipe Ferreira. Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado. Foro Regional II - Santo Amaro - 1ª Vara Cível. Data do Julgamento: 08/03/2018. Data de Registro: 20/03/2018).

⁴¹⁴ BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020.

antecipada de provas em relação aos mesmos fatos.⁴¹⁵ Assim, o ônus de pagar as despesas processuais será do autor se não houver resistência do réu; será do autor e do réu se o réu também pedir a realização de uma prova. Por fim, será do réu se ele criar resistência.⁴¹⁶ Esse entendimento se coaduna com as premissas da produção antecipada de provas.

Deve-se destacar, ainda, que, “havendo outros interessados que participem sem resistir, as despesas serão rateadas entre todos eles (art. 88, CPC), o que deve constar na sentença final”.⁴¹⁷ Humberto Theodoro Jr. afirma, em relação às despesas processuais, que, se a prova produzida no âmbito da produção antecipada for utilizada em eventual e futuro processo de certificação do direito material, as despesas iniciais serão somadas às despesas do *processo principal* e, ao final, devem ser pagas pelo vencido.⁴¹⁸ Entretanto, compreende-se que esse raciocínio apenas faz sentido se houvesse a vinculação entre a produção antecipada de provas e a eventual e futura demanda para a declaração do direito material, razão pela qual não se verifica a aplicação dessa compensação entre os processos.

⁴¹⁵ DIDIER JR., Fredie. Produção antecipada da prova. **Direito probatório**. Coordenadores: Fredie Didier Jr., Marco Félix Jobim e William Santos Ferreira. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 596-597.

⁴¹⁶ “Apelação – Ação de produção antecipada de prova – Exibição de documento – Sucumbência – Honorários advocatícios – Parte requerida que, apesar de não ter resistido à pretensão em sede judicial, não apresentou o documento pleiteado quando acionada pela via administrativa, dando causa à propositura da demanda – Verbas de sucumbência devidas pela requerida, em consonância com o princípio da causalidade – Recurso provido” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1008538-88.2016.8.26.0196**. Relator: Hugo Crepaldi. Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro de Franca - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/11/2016; Data de Registro: 01/12/2016).

⁴¹⁷ DIDIER JR., Fredie. Produção antecipada da prova. **Direito probatório**. Coordenadores: Fredie Didier Jr., Marco Félix Jobim e William Santos Ferreira. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 597.

⁴¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 22. ed. São Paulo: Editora Leud, 2005, p. 322.

4 A EFETIVIDADE E A UTILIZAÇÃO DA NOVA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NO CONTEXTO ATUAL

Como mencionado ao longo do trabalho, as alterações do Código de Processo Civil de 2015 quanto à produção antecipada de provas foram variadas e muito importantes, especialmente diante do que estava positivado sobre o tema nas legislações processuais anteriores. Assim, o objetivo deste capítulo é destacar de que maneira a produção antecipada pode ser efetiva, de modo a realizar o direito material no contexto prático, tendo em vista que as considerações mais teóricas foram tratadas nos capítulos anteriores.

4.1 A FORMULAÇÃO DO PEDIDO: PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS E A EVENTUAL DEMANDA PARA A DISCUSSÃO DO DIREITO MATERIAL

A petição inicial da produção antecipada de provas foi tratada em específico no tópico 3.2. Contudo, diante da necessidade de se conceder efetividade a esse instituto, bem como à futura demanda que pode ser proposta pelas partes para a discussão da relação jurídica de direito material, serão analisados alguns aspectos relativos a essa interface. Isso porque, a despeito da desvinculação do direito autônomo à prova da *demanda principal*, remanesce uma hipótese importante da produção antecipada de provas, que se refere à colheita de elementos relevantes para propor a demanda que discutirá o direito material.

Assim, identificou-se que a formação do pedido na produção antecipada de provas é relevante no contexto que se pretende tratar, de modo que ela alcance ainda mais os objetivos que foram propostos pelo legislador no Código de Processo Civil de 2015.

Inicialmente, observa-se a necessidade de que o pedido seja específico para evitar a inutilidade da prova produzida antecipadamente. Nesse sentido, Marcelo José Magalhães Bonizzi afirma que “Ao contrário da causa de pedir, que não precisa ser detalhada, o pedido precisa ser explícito quanto às provas que deverão ser produzidas”.⁴¹⁹

De fato, o pedido deve ser explícito e específico, de modo que a produção antecipada de provas não excepciona a regra do artigo 322 do Código de Processo Civil de 2015. Isso

⁴¹⁹ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 101.

porque, caso contrário, a prova pode ser inviabilizada pela ausência de detalhes para que ela seja adequadamente produzida. Ou seja, a formulação de pedido genérico e impreciso na produção antecipada de provas deve ensejar o indeferimento da petição inicial com a consequente extinção do processo sem resolução do mérito.

Na prática, essa situação foi enfrentada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, a exemplo de julgamentos que entendem pela necessidade de extinção do processo em razão da formulação de pedido genérico na produção antecipada de provas.⁴²⁰ Nessas decisões, são apresentados basicamente três importantes problemas.

O primeiro consiste nos prejuízos que a dedução de um pedido genérico pode trazer ao exercício do contraditório e da ampla defesa. De fato, se os interessados na produção antecipada de provas não tiverem o conhecimento necessário para apresentar suas objeções ou mesmo propor a restrição ou a ampliação do escopo da prova a ser produzida, eles não poderão exercer os seus direitos adequadamente. O segundo é que essa generalidade pode implicar o prolongamento desnecessário do processo em razão da não identificação exata da pretensão do requerente da produção antecipada de provas, o que contraria os objetivos do instituto e da própria legislação processual. Ainda, é destacado que a formulação de pedido genérico resulta na ausência de interesse processual de agir.

Entretanto, também há posicionamento doutrinário relativamente contrário à ideia que se defende nesse ponto específico. Flávio Luiz Yarshell afirma que “é de se admitir relativa generalidade do pedido sempre que o autor não puder determinar a extensão dos

⁴²⁰ “Apelação – Produção antecipada de prova – Indeferimento da petição inicial – Pretensão de reforma da respeitável sentença que indeferiu a produção antecipada de prova pericial – Descabimento – Pedido genérico formulado que não pode ser admitido – ‘Na petição, o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair’, conforme determina o artigo 382, ‘caput’ do CPC – Pedido genérico que representa prejuízo ao efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa, bem como pode prolongar desnecessária e desarrazadamente a produção da prova - Recurso desprovido” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1013678-66.2017.8.26.0003**. Relatora: Ana de Lourdes Coutinho Silva da Fonseca. Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado. Foro Regional III – Jabaquara - 6ª Vara Cível. Data do Julgamento: 05/11/2017. Data de Registro: 06/11/2017). “Produção antecipada de prova – Prestação de serviços – Telefonia – Sentença de procedência, para ‘condenar a ré a exibir, em quinze dias, o relatório ou listagem das ligações realizadas e recebidas pelo telefone móvel número (19) 99760-5380, sob pena de multa diária de R\$ 200,00, limitada a sessenta dias’ – Pedido genérico de apresentação de ‘toda e qualquer informação e documento alusivos à linha telefônica número (19) 99760-5380’ – Não demonstrado o interesse processual – Recurso da requerida provido, para julgar extinto o processo, com fulcro no artigo 485, inciso vi, do Código de Processo Civil” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1001442-78.2017.8.26.0360**. Relator: Flavio Abramovici. Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado. Foro de Mococa - 1ª Vara. Data do Julgamento: 03/12/2018. Data de Registro: 04/12/2018).

fatos que ele justamente pretende investigar”.⁴²¹ Esse posicionamento se alinha com a autonomia do direito à prova, na medida que, a depender da situação, o potencial conflito não está perfeitamente delineado, mas a parte deseja se resguardar em uma situação presente, ainda que como uma estratégia processual. Nesse sentido, seria admitida uma *relativa generalidade* do pedido de produção antecipada de provas.

Contudo, a despeito da relevância do posicionamento de Flávio Luiz Yarshell, entende-se que eventual amplitude do pedido deve ser admitida como exceção. Isso porque, ainda que o pedido seja suficientemente certo para ensejar o processamento da produção antecipada de provas, deve-se ter uma importante delimitação para que a prova não se alongue indefinidamente no processo, bem como não cause prejuízo às próprias partes.

Ademais, em relação aos fatos da relação jurídica de direito material, vale destacar que, pela necessidade de que o pedido seja certo, deve-se atentar para que eles sejam detalhados na medida do possível. Isso porque a prova é produzida antecipadamente e ela tem um escopo definido. Muito embora o juiz não realize a valoração da prova, ela recairá sobre fatos determinados - seja para alcançar soluções autocompositivas, seja para assentar a verdade dos fatos que poderá ser debatida em eventual futura demanda -, o que influencia na elaboração do pedido da produção antecipada de provas.

Assim, para que a produção antecipada de provas alcance o resultado almejado pelo legislador, entende-se que é importante que o detalhamento dos fatos e do pedido seja o melhor possível, de modo a se verificar a abrangência da prova, até mesmo para que seja possível alcançar soluções autocompositivas, evitar ou viabilizar a propositura de uma demanda futura para a discussão do direito material.

4.2 UTILIDADE DA PROVA PRODUZIDA ANTECIPADAMENTE E A EVENTUAL DEMANDA PARA A DISCUSSÃO DO DIREITO MATERIAL

O Código de Processo Civil de 2015 objetivou conceder efetividade ao processo, e a reformulação da produção antecipada de provas foi um dos seus aspectos mais relevantes. Com os avanços verificados na legislação processual, incentiva-se o acesso a meios mais

⁴²¹ YARSHELL, Flávio Luiz. Da Produção Antecipada da Prova. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Coordenadores: Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.032.

eficazes, o que fornece ao processo elementos mais precisos para que se proceda à formação da convicção do magistrado que julgará os pedidos da eventual e futura demanda para a discussão da relação jurídica de direito material, caso ela seja proposta por uma das partes.

Como foi analisado, na produção antecipada de provas não são abordadas as questões de direito material subjacentes ao conflito; isto é, não se trata do exercício do direito de provar, mas sim do direito à prova. De fato, essa limitação faz com que as circunstâncias fáticas não sejam tão trabalhadas e detalhadas pelas partes, o que pode levar à conclusão de que a prova não foi produzida de forma exaustiva.

Diante de uma prova produzida à luz de fatos genéricos aleatoriamente indicados na produção antecipada de provas, questiona-se se a prova produzida antecipadamente poderia ser renovada, haja vista que o conflito a ser resolvido em outra eventual e futura demanda seria muito mais amplo e, em certa medida, não abrangido pela prova já produzida.

Como a valoração da prova somente ocorre em eventual demanda para a discussão da relação jurídica de direito material, há o entendimento de que a prova produzida antecipadamente poderia, inclusive, ser descartada.⁴²² Esse posicionamento deve ser adotado com cuidado para que não se revele a inutilidade da produção antecipada de provas.

Marcelo José Magalhães Bonizzi indica que, se foi realizada a produção antecipada de provas, o autor se desincumbe do seu ônus de provar em uma demanda futura para a discussão do direito material. Nessa linha, ele afirma que “absolutamente nada sugere que o autor tenha de produzir novamente as provas já realizadas antes do início do processo; se não for assim, essa fase pré-processual simplesmente não terá utilidade”.⁴²³

Para além da impossibilidade de o juiz da produção antecipada de provas se manifestar sobre a ocorrência ou não de um fato e suas consequências jurídicas, o Código de Processo Civil italiano dispõe sobre uma desvinculação ainda maior. Ao tratar da assunção e eficácia da prova produzida antecipadamente, o artigo 698 do diploma processual italiano prevê que a realização da prova antecipada não afeta as questões relacionadas à

⁴²² “A valoração da prova somente ocorrerá em eventual processo futuro, já que ela pode ser simplesmente descartada, utilizada extrajudicialmente (na seara privada ou administrativa) ou viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado para a resolução de conflitos” (CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d’Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Curso de processo civil completo**. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 740).

⁴²³ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 92.

admissibilidade e relevância da prova no *processo principal*.⁴²⁴ Assim, a regra geral é a de que a medida preventiva não adentra no *processo principal* automaticamente.

No sistema italiano, as provas produzidas antecipadamente não serão simplesmente reproduzidas no processo que julgará o mérito da relação jurídica de direito material. Antes disso, é imprescindível que a prova seja admitida pelo juiz, o que envolve a verificação da sua relevância para o processo, cujos elementos serão apresentados pelas partes.⁴²⁵

Por sua vez, o Código de Processo Civil de 2015 não tem disposição expressa nesse sentido. Entretanto, à luz da disposição processual de que a produção antecipada de provas não previne o juízo para o julgamento da possível e eventual demanda para a discussão da relação jurídica de direito material, é possível afirmar que as situações são similares.

De fato, a produção antecipada não vincula absolutamente as questões relacionadas à admissibilidade e relevância das provas produzidas e não há vedação legal à sua renovação no processo para a aplicação do direito material. Entretanto, em vista da efetividade da produção antecipada de provas, entende-se que a inadmissibilidade da prova em eventual processo de conhecimento para a discussão da relação jurídica de direito material deve ser encarada com restrições. Ou seja, deve-se ter sempre em vista o princípio da máxima eficiência dos meios probatórios para que não haja custos desnecessários e que não se perca tempo com a renovação da prova já produzida antecipadamente.

Ainda, vale destacar que, embora, como afirmado no tópico 3.6, seja possível que os interessados também produzam provas a respeito aos mesmos fatos já colocados pelo autor,

⁴²⁴ “Art. 698. Assunzione ed efficacia delle prove preventive. Nell'assunzione preventiva dei mezzi di prova si applicano, in quanto possibile, gli articoli 191 e seguenti. L'assunzione preventiva dei mezzi di prova non pregiudica le questioni relative alla loro ammissibilità e rilevanza, né impedisce la loro rinnovazione nel giudizio di merito. I processi verbali delle prove non possono essere prodotti, né richiamati, né riprodotti in copia nel giudizio di merito, prima che i mezzi di prova siano stati dichiarati ammissibili nel giudizio stesso” (ITÁLIA. **Codice di Procedura Civile**. Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/news/2014/12/10/dei-procedimenti-speciali-dei-procedimenti-sommari>>. Acesso em: 15 jan. 2020).

⁴²⁵ “Si è più volte ricordato che l'assunzione preventiva non pregiudica le questioni relative all'ammissibilità e alla rilevanza di tali mezzi di prova e non impedisce la loro rinnovazione nel giudizio di merito, nel senso che il giudice istruttore della causa di merito è tenuto a rinnovare il giudizio sull'ammissibilità e sulla rilevanza del mezzo di prova senza che la valutazione sommaria operata sul punto dal giudice cautelare determini vincolo alcuno. In coerenza con ciò, l'art. 698 c.p.c. prevede che i processi verbali delle prove preventivamente assunte non possano essere prodotti, né richiamati, né riprodotti in copia nel giudizio di merito prima che quegli stessi mezzi di prova siano stati dichiarati ammissibili e rilevanti dal giudice istruttore. È evidente a questo riguardo l'intento di evitare condizionamenti del giudizio di ammissibilità e rilevanza, che infatti dovrà essere svolto dall'istruttore sulla base degli elementi offerti dalle parti” (ANSANELLI, Vincenzo. *Le prove a futura memoria nel diritto italiano*. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, v. 227, p. 63).

pode-se suscitar a possibilidade de as partes proporem a demanda para a discussão do direito material no curso da produção antecipada de provas.

A título exemplificativo, na hipótese de o autor propor a demanda para discutir a relação jurídica de direito material na pendência da produção da prova, entende-se que a produção antecipada de provas perderá o seu objeto. Observe-se que essa situação pode acontecer na prática e, inclusive, foi objeto de decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que entendeu pela manutenção da extinção do processo de produção antecipada da prova em razão da perda superveniente do interesse de agir do autor, que, na petição inicial da produção antecipada de provas, sustentou que a prova deveria ser produzida para viabilizar a propositura de demanda de reparação por danos alegadamente sofridos.⁴²⁶

No que se refere à concomitância de demanda para a produção antecipada de provas e de demanda com a discussão da relação jurídica de direito material, o Tribunal de Justiça de São Paulo tem entendido que não há relação de prejudicialidade entre as demandas. Isso porque, até que o juiz da demanda que discute a relação jurídica de direito material entenda pela necessidade da realização da prova que está sendo produzida antecipadamente, não há razão para a suspensão do processo, inclusive com a observação de que não há vinculação com a prova antecipada no processo antecedente.⁴²⁷

Outro argumento pode ser suscitado. Em razão da ausência de prevenção entre os juízos, o que foi objeto de análise do tópico 3.4.2 e de vinculação da prova produzida

⁴²⁶ “Apelação Cível. Ação de produção antecipada de provas a denominada. Sentença de extinção do processo sem resolução de mérito. Inconformismo. Demanda proposta com fundamento no art. 381 do CPC. Perda superveniente de objeto configurado, em razão do ajuizamento da ação principal de forma simultânea, apenas, sete dias após a presente demanda. Novo Código de Processo Civil que não mais prevê a figura da ação cautelar autônoma de exibição de documento. Sentença mantida. Recurso não provido” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1045118-46.2018.8.26.0100**. Relator: Hélio Nogueira. Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado. Foro Central Cível - 44ª Vara Cível. Data do Julgamento: 05/07/2019. Data de Registro: 05/07/2019).

⁴²⁷ “Agravo de instrumento. Ação declaratória de inexigibilidade de título cumulada com pedido de restituição de quantias indevidamente exigidas. Agravante que formulou pedido de suspensão do processo, sustentando que a prova pericial, cujo encerramento se aguarda, nos autos da ação cautelar de produção antecipada de prova, é imprescindível para análise do mérito da presente demanda. Descabimento. Ausência de prejudicialidade entre as demandas. Prova pericial que não foi determinada pelo Juízo, o qual não está vinculado a ação cautelar ajuizada pela própria agravante. Inaplicabilidade do art. 265, IV, ‘a’ e ‘b’ do Código de Processo Civil. Recurso não provido” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2009249-19.2015.8.26.0000**. Relatora: Lidia Conceição; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado. Foro de São Carlos - 2ª. Vara Cível. Data do Julgamento: 25/11/2015; Data de Registro: 27/11/2015). “Indenização por danos morais - Suspensão – Indeferimento - Pretensão a suspensão do feito em razão de prejudicialidade com ação de produção antecipada de prova – Artigo 313, V, a do CPC – Hipótese em que a questão deverá ser apreciada no momento oportuno, após a instauração do contraditório e instauração da fase instrutória – Decisão Mantida - Recurso não provido” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2014276-75.2018.8.26.0000**. Relator: Heraldo de Oliveira. Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado. Foro Central Cível - 9ª Vara Cível. Data do Julgamento: 26/02/2018. Data de Registro: 26/02/2018).

antecipadamente, que será valorada pelo juiz da demanda que eventualmente discuta a relação jurídica de direito material, a chance de que a prova seja novamente produzida por um juízo distinto é maior, porém entende-se que essa posição deve ser exceção.

A despeito dessa aparente tendência, que valoriza a autonomia do direito à prova, entende-se que a prova produzida deve ser utilizada ao máximo.

4.3 APLICAÇÃO DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

Ao longo do trabalho, foram analisados diversos aspectos técnicos da nova produção antecipada de provas. Em razão da recente positivação do instituto com a sua estruturação no Código de Processo Civil de 2015 e dos potenciais reflexos que podem advir da sua utilização prática. A sistemática da produção antecipada de provas sem o requisito da urgência, desde 2015, tornou-se realidade jurídica no Brasil e vem sendo utilizada para o incentivo à resolução de conflitos no âmbito judicial. Assim, percebeu-se a relevância de analisar a produção antecipada de provas em uma perspectiva prática, sejam em questões de direito material ou de direito processual, no intuito de expandir a sua utilização no Brasil.

Assim, de forma mais específica, serão analisadas situações importantes para a utilização da produção antecipada de provas, com o viés da efetividade do processo.

4.3.1 Produção antecipada de provas e direito material

A produção antecipada de provas pode ser um importante instrumento para conflitos de direito societário. Com o conhecimento sobre os fatos em discussões dessa natureza, surge a possibilidade de viabilização de acordos e soluções autocompositivas nessa área de direito material, que apresenta amplas possibilidades de utilização.⁴²⁸ Chiara Besso afirma que, na França, a medida probatória *in futurum*, que inicialmente era utilizada em questões

⁴²⁸ “L’istituto di cui all’art. 145 ha avuto, e continua ad avere, un grandissimo successo, forse superiore - come si sottolinea in dottrina - alle previsioni del legislatore. Se prima della sua consacrazione nel nuovo codice di procedura civile la prova anticipata trovava applicazione prevalentemente nel settore delle controversie edilizie, oggi viene utilizzata, oltre che in questo settore negli ambiti della responsabilità civile, del diritto delle società commerciali, del diritto del lavoro e dei diritti della persona” (BESSO, Chiara. **La prova prima del processo**. Turim: G. Giappichelli, 2004, p. 92-93).

imobiliárias, teve muito sucesso e alcançou as matérias de responsabilidade civil, direito comercial, direito do trabalho e direitos da personalidade.

A título exemplificativo, o Tribunal de Justiça de São Paulo deferiu a antecipação probatória para averiguar eventual abuso na gestão societária após retirada de uma das sócias da sociedade.⁴²⁹ Muito embora a situação concreta trate de um pedido de produção antecipada de provas embasado na existência de urgência, foi consignado no julgamento que a prova no caso seria útil “também para delinear os fatos que serão examinados no bojo da ação principal, notadamente a respeito de eventual abuso na gestão da sociedade”.

Como outros exemplos, observa-se que a produção antecipada de provas também pode ser muito útil à constatação prévia de atos que ensejariam a desconsideração da personalidade jurídica, bem como para situações nas quais se deseja provar a ocorrência de falta grave para a exclusão de sócio ou acionista.

Nesse sentido, Paulo Sérgio Restiffe afirma que “A dinâmica das relações negociais que permeiam o Direito Societário justifica muito bem a necessidade de antecipação de determinadas provas”. Caso não seja realizado acordo entre as partes, os elementos probatórios obtidos na produção antecipada de provas ajudarão na formação da convicção do juiz, de modo que eventos continuem vivos para a valoração da prova por ele.⁴³⁰

Acredita-se que essa é uma tendência progressiva para a utilização da produção antecipada de provas em questões empresariais e societárias, em especial quando a produção da prova não é requerida com base na urgência.

Outro exemplo da importância da produção antecipada de provas no contexto societário também pode ser encontrado no direito estadunidense. Na Suprema Corte de Delaware, o caso *Smith v. Van Gorkom* estabeleceu um importante marco ao reconstruir os

⁴²⁹ “Cautelar. Produção antecipada prova. Dissolução sociedade. Agravo de instrumento contra a decisão que indeferiu a tutela cautelar requerida para produção de prova pericial a respeito de alegado esvaziamento de patrimônio da agravada, com o fim de obstar o pagamento de haveres. A pretendida produção antecipada de prova se revela justificada quando há o risco de perecimento da prova. Não se desconhece que a dispensa de funcionários e a desocupação do estabelecimento empresarial se deram em 2013, como se vê dos elementos de prova trazidos aos autos pela agravante. Contudo, certo é que esta prova não se releva útil apenas para comprovar eventual dilapidação patrimonial já ocorrida, mas também para delinear os fatos que serão examinados no bojo da ação principal, notadamente a respeito de eventual abuso na gestão da sociedade, com desvio de patrimônio da sociedade à nova empresa posteriormente constituída após a retirada da agravante da sociedade. Recurso provido para deferir a tutela a fim de que as provas requeridas pela agravante sejam produzidas” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2079749-13.2015.8.26.0000**. Relator: Carlos Alberto Garbi. Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Foro Central Cível - 31ª Vara Cível. Data do Julgamento: 18/05/2015. Data de Registro: 20/05/2015).

⁴³⁰ RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Dissolução de Sociedades**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 244.

fatos relativos a uma fusão empresarial. Os dados produzidos pela *discovery* permitiram a compreensão dos entendimentos periciais e opiniões técnicas. Além disso, as informações foram utilizadas para descobrir quem praticou os atos e quem sabia da sua realização. Em razão disso, o conflito foi resolvido com base em informações precisas e de forma efetiva.⁴³¹

Vale referência ao Projeto do Novo Código Comercial, que tramita na Câmara dos Deputados (PL 1.572/2011), que dispõe de forma específica sobre o denominado “processo empresarial”. Nesse sentido, há a previsão de uma medida preparatória ao processo empresarial, que, em última análise, trata-se de uma produção antecipada de provas.⁴³²

O Projeto do Novo Código Comercial parece visar a implementação, no sistema brasileiro, da prática de providências probatórias preliminares comumente utilizadas nos sistemas de *common law*. Uma das críticas que se faz a essa previsão é exatamente o fato de ela não ser genérica, ou seja, com a abrangência apenas da prova documental, sem mencionar as provas testemunhal e pericial, por exemplo. Flávio Luiz Yarshell defendia a uniformização e generalização da produção antecipada de provas sem o requisito da urgência, o que se concretizou com o Código de Processo Civil de 2015.⁴³³

Também é importante referir o Projeto de Lei do Senado 487/2013, em trâmite no Senado Federal. Há diversas disposições relevantes sobre a produção de provas em um

⁴³¹ “The plaintiff, Alden Smith, originally sought to enjoin the merger; but, following extensive discovery, the Trial Court denied the plaintiff’s motion for preliminary injunction by unreported letter opinion dated February 3, 1981. On February 10, 1981, the proposed merger was approved by Trans Union’s stockholders at a special meeting and the merger became effective on that date. Thereafter, John W. Gosselin was permitted to intervene as an additional plaintiff; and Smith and Gosselin were certified as representing a class consisting of all persons, other than defendants, who held shares of Trans Union common stock on all relevant dates. At the time of the merger, Smith owned 54,000 shares of Trans Union stock, Gosselin owned 23,600 shares, and members of Gosselin’s family owned 20,000 shares” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of Delaware. **Smith v. Van Gorkom**. 488 A.2d 858, 1985. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/delaware/supreme-court/1985/488-a-2d-858-4.html>>. Acesso em: 10 out. 2019).

⁴³² “Art. 656. Em medida preparatória à produção de prova judicial, o empresário poderá requerer a citação de outro empresário para a permuta de documento” (BRASIL. **Projeto do Novo Código Comercial 1.572/2011**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C60063938FC8F2EEDFBC9414DCBAB5B3.proposicoesWebExterno1?codteor=888462&filename=PL+1572/2011>. Acesso em: 22 set. 2019).

⁴³³ “Sendo assim, na esteira do que tem preconizado a doutrina e do que foi encampado pelo Projeto de Código de Processo Civil que tramita perante o Congresso Nacional, conviria que a regulamentação contida no Código Comercial previsse a possibilidade da medida de *produção antecipada de prova* de forma desvinculada da alegação do perigo da demora. Dessa forma, viria bem a calhar a previsão de cabimento de tal medida, tendo por objeto interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial. Embora no âmbito societário a prova documental tenda a ser realmente a mais relevante, não se deve descartar a pertinência dos demais meios, em particular a prova pericial, que inclusive pode ter por objeto a escrituração contábil, tendo, portanto, contornos até mais amplos e continentais do que a prova documental” (YARSHELL, Flávio Luiz. O Projeto de Novo Código Comercial e a proposta de permuta de documentos entre as partes: “discovery” brasileira? **Processo societário**. Coordenadores: Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2012, p. 207-208).

capítulo específico do Projeto, no qual constam regras específicas do processo empresarial. No que toca à produção antecipada de provas, esse projeto demonstra a sua importância no âmbito do direito empresarial, na medida em que agrega uma série de disposições.⁴³⁴

Nesse Projeto, observa-se a tentativa de valorização da autonomia das partes no processo empresarial, bem como restrições expressas à atuação do juiz.⁴³⁵

A despeito da previsão geral do Projeto de Lei em trâmite no Senado e da importância da produção antecipada de provas no campo do direito societário, entende-se que, diante da regulamentação do Código de Processo Civil de 2015 a respeito do tema, não há benefícios de se ter mais uma previsão específica de antecipação probatória. Isso porque, embora a produção antecipada se revele um excelente instrumento probatório nas relações societárias, atualmente não faz sentido prever um outro procedimento específico apenas para a matéria, considerando que o Código de Processo Civil de 2015 já abarca todas as suas necessidades.

Assim, é possível afirmar que a produção antecipada de provas como prevista no Código de Processo Civil de 2015 em matéria societária e empresarial é utilizada para promover a eficiência e efetividade do processo.

No direito tributário, também tem-se aventado a possibilidade de que o instituto efetivamente contribua com vantagens e soluções positivas.⁴³⁶ No direito ambiental, em razão das peculiaridades que decorrem das questões que envolvem o tema, sustenta-se que a produção antecipada de provas pode ser um excelente instrumento para a investigação de

⁴³⁴ “Art. 958. A produção antecipada da prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial. Parágrafo único. A antecipação da prova é admissível sempre que houver motivo legítimo ou que isso seja útil para impedir ou findar controvérsia, independentemente do fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência do processo” (BRASIL. **Projeto de Lei do Senado 487/2013**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4713964&ts=1568234017662&disposition=inline>>. Acesso em: 22 de set. 2019).

⁴³⁵ “Art. 949. Respeitados os princípios que informam o devido processo legal, é assegurada às partes do processo empresarial autonomia da vontade em matéria processual. Art. 950. É lícito às partes convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo” (BRASIL. **Projeto de Lei do Senado 487/2013**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4713964&ts=1568234017662&disposition=inline>>. Acesso em: 22 de set. 2019).

⁴³⁶ “A título exemplificativo, mencionamos caso concreto de nosso conhecimento em que uma empresa discutia no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) autuação lavrada pela Receita Federal. Utilizando-se da ação de produção antecipada de provas foi possível a elaboração de laudo pericial, o qual foi usado no próprio CARF para corroborar os argumentos de fato e de direito levados pela defesa. Em razão da prova produzida de forma antecipada, a autuação foi cancelada na esfera administrativa e, com isso, evitou-se que a discussão se prolongasse até a esfera judicial” (PEROBA, Luiz Roberto; MASCITTO, Andréa; BETONI, Marco Aurélio Louzinha. A ação de produção antecipada de provas no direito tributário. **Revista de Direito Tributário Contemporâneo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 71).

fatos em casos de degradação ambiental.⁴³⁷ Ou seja, a produção antecipada nesse contexto é importante para a averiguação dos riscos de dano ambiental.⁴³⁸ Ainda, em razão da dispensa do requisito da urgência, a produção antecipada de provas pode ser um ótimo mecanismo a ser utilizado tanto nas ações de improbidade administrativa, como nas ações coletivas.⁴³⁹

Outro ramo do direito é, também, muito relevante nesse contexto, no qual a produção antecipada de provas pode se mostrar um instrumento importante. As demandas que envolvem questões imobiliárias têm destaque no contexto do direito probatório.

Especificamente na área que envolve contratos de construção, essa ferramenta pode ser muito utilizada. Nesses casos, a relevância dos fatos é, sem dúvida, a principal ferramenta para o sucesso na obtenção do bem da vida. Contudo, não raras as vezes, em razão do tempo decorrido entre a realização (parcial ou total) das obras e a propositura da demanda judicial ou arbitral, muitos registros se perdem, o que dificulta sobremaneira a realização da prova em relação aos fatos alegados por cada parte. E não é apenas isso.

⁴³⁷ “Além disso, na seara do direito ambiental, muitas vezes há grande dificuldade de apurar os riscos de dano ou de estabelecer qual é o significativo impacto de determinada obra ou a justificar ou não, por exemplo, a exigência do Licenciamento Ambiental ou a justificar o impedimento ou a liberação do início da respectiva operação ou ainda a adoção da melhor medida a ser aplicada no caso concreto. Nesse sentido, a ação de produção antecipada de provas pode ser concebida como instrumento hábil a investigar os riscos contra a saúde ambiental de modo a fornecer elementos concretos para que, em observação especialmente ao princípio da precaução, o qual estabelece que a inexistência de conhecimento científico não afasta o dever de tutela e salvaguarda do meio ambiente, sejam adotadas as medidas a impedir a degradação ambiental” (MORAES, Rodrigo Jorge. **A ação de produção antecipada de provas no processo individual e no processo coletivo como instrumento de tutela do meio ambiente**. 2018. 262 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 235).

⁴³⁸ “Portanto, a ação probatória autônoma sem urgência, além de propiciar a autocomposição, é importante instrumento para conhecimento dos fatos em casos complexos, que são frequentes no direito ambiental, especialmente no tocante à discussão da existência do risco. Não se ignora aqui que a produção antecipada da prova não tem o condão de solucionar todos os problemas relativos ao risco de dano ao meio ambiente. Geralmente é difícil dimensionar o risco em razão da existência de pesquisas científicas com resultados conflitantes ou insuficientes quanto à probabilidade de ocorrência do dano. Também se encontra resistência para se assimilar novas pesquisas com resultado diferente do entendimento majoritário na comunidade científica. O problema do risco não se limita à ciência, mas também é enfrentado pela administração pública e pelo Poder Judiciário, que precisam decidir quais riscos são toleráveis, proibidos ou devem ser minimizados. Nesse caso, a produção de prova se limita a demonstrar a sua dimensão, mas é possível que mesmo assim o Judiciário o considere tolerável e entenda que não seja necessária a adoção de medidas de precaução. Não obstante a ação probatória autônoma não solucione todos os problemas relativos à aplicação do princípio da precaução, pode trazer relevante contribuição para configuração do risco” (ALMEIDA, Ursula Ribeiro de. **Produção antecipada da prova sem urgência no direito ambiental: risco de dano ao meio ambiente**. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*. São Paulo: Ministério Público de São Paulo, 2013, v. 3, p. 161-162).

⁴³⁹ “Aliás, nas chamadas ‘ações de improbidade’, normalmente propostas pelo Ministério Público na proteção do patrimônio público contra atos de corrupção e de desvios de dinheiro público, assim como nas ações coletivas em geral, a possibilidade de produção de provas antes do início do processo assume enorme importância” (BONIZZU, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 93).

Quando uma demanda envolve um ou mais contratos de construção, é certo que serão discutidos diversos pleitos. Isso porque uma obra tem diversas fases sobrepostas, e as questões dela decorrentes são inúmeras. Tanto é assim que, nesse contexto, uma interessante forma de resolução de conflito surgiu desse tipo de demanda; são os chamados *dispute boards*, o que mostra ainda mais a viabilidade de incentivar a produção antecipada de provas.

Em razão da especificidade e da vasta quantidade de questões envolvidas, há uma preocupação na doutrina seja para evitar litígios, seja para propiciar um melhor ambiente para que a demanda se desenvolva de forma adequada, ou seja, com elementos suficientes para provar os pedidos deduzidos pelas partes. Basicamente, essa ferramenta pode ser utilizada pelas partes para prevenir conflitos decorrentes do contrato.

O *dispute board* pode ser considerado um meio alternativo (ou adequado) de solução de conflitos. Mais do que resolver determinada controvérsia, a finalidade precípua do *dispute board* é justamente a prevenção de conflitos e, em última análise, até mesmo facilitar o julgamento de demanda judicial ou arbitral que venha a ser proposta. Segundo Arnoldo Wald, “os disputes boards (DB) são os painéis, comitês, ou conselhos para a solução de litígios cujos membros são nomeados por ocasião da celebração do contrato e que acompanham a sua execução até o fim”.⁴⁴⁰ Os membros do *dispute board* podem, a depender do caso concreto e dos poderes que lhes foram outorgados pelas partes, emitir recomendações ou tomar decisões, que contratualmente vinculam as partes.

Evidentemente, dada a inexistência de natureza jurisdicional dos *dispute boards*, não há como realizar uma comparação com a produção antecipada de provas. A referência é realizada apenas no intuito de que é certo que a utilização de instrumentos mais rápidos e eficazes pode levar a uma melhor solução para o futuro conflito. Nos *dispute boards*, os problemas são apresentados aos membros do comitê, que podem desde logo solucionar o conflito à luz das provas verificadas no curso da obra.

Assim também poderá servir a produção antecipada de provas, pois ela será produzida em um meio jurisdicional, o que certamente lhe revestirá de força para ser utilizada em qualquer âmbito, inclusive extrajudicial, para a solução de controvérsias. Nesse contexto, é possível afirmar que as partes poderão ter interesse em utilizar esse procedimento

⁴⁴⁰ WALD, Arnold. A arbitragem contratual e os *dispute boards*. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, v. 6, p. 18.

jurisdicional para ou verificar as suas chances de prosseguir com o conflito ou mesmo as possibilidades concretas para realizar um acordo.

Com isso, é evidente a contribuição da produção antecipada de provas para a efetividade do processo que envolva questões de direito imobiliário, especificamente no que se refere a contratos de construção.⁴⁴¹

Como já destacado, a produção antecipada de provas pode eliminar pedidos infundados em eventual demanda para a discussão do direito material, e essa afirmação vale para todas as searas de aplicação do instituto aventadas anteriormente. Isto é, com base na realização da prova, a parte pode visualizar o cenário das suas chances e possibilidades com mais clareza e assertividade, o que diminuirá a quantidade de pedidos ou, por outro lado, fortalecerá os seus pedidos diante do resultado da produção antecipada da prova. O efeito também pode ser verificado na redução da duração de processo.

A utilidade da produção antecipada de provas se verifica também pela possibilidade de se evitarem custos elevados com a realização de um processo no qual serão debatidas todas as questões. Ou seja, antes da preparação para enfrentar um grande processo, que envolve uma fase postulatória complexa, algumas premissas fáticas já podem ser estabelecidas, o que também evita que elas se percam com o tempo.

Assim, é possível afirmar que a produção antecipada de provas é um instrumento que pode ser utilizado em diversas áreas do direito material, com a efetiva solução de problemas concretos, o que contribui para a realização dos escopos do processo. Nessa linha, a evolução da produção antecipada de provas abre horizontes para que seja mais utilizada na prática em razão da dispensa do requisito da urgência, sendo mais um mecanismo que as partes podem se utilizar para a solução de conflitos sem o prolongamento das discussões.

⁴⁴¹ “Produção antecipada de provas. Vícios construtivos. Prova pericial de engenharia. Sentença que homologou o laudo. Recurso para realização de segunda perícia. Decisão interlocutória anterior já havia indeferido o pleito, inclusive com confirmação por este Egrégio Tribunal em sede de agravo de instrumento e mandado de segurança. Questão preclusa. Recurso não conhecido. Condenação da apelante por litigância de má-fé” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1048547-63.2014.8.26.0002**. Relatora: Mary Grün. Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado. Foro Regional II - Santo Amaro - 5ª Vara Cível. Data do Julgamento: 08/08/2018. Data de Registro: 10/08/2018). “Produção antecipada de provas. Insurgência contra a decisão que homologou a perícia de engenharia apresentada, rejeitando as impugnações das agravantes, determinando, ainda, a realização das perícias pendentes – contábil e econômico-financeira. Clara discordância das agravantes com relação ao laudo técnico elaborado. Decisão não incluída no rol de taxatividade mitigada do artigo 1.015 do Código de Processo Civil. Inexistência de urgência ou inutilidade do julgamento da questão em eventual apelação. Inadequação recursal. Agravo não conhecido” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2078972-86.2019.8.26.0000**. Relator: Natan Zelinski de Arruda. Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado. Foro Central Cível - 18ª Vara Cível. Data do Julgamento: 09/05/2019; Data de Registro: 10/05/2019).

4.3.2 Demanda monitória (artigo 700 do Código de Processo Civil de 2015)

A demanda monitória “é um *processo* destinado a oferecer a satisfação de direitos amparados por um documento mas não por um título executivo judicial ou extrajudicial”.⁴⁴² O requisito principal da demanda monitória é a comprovação da “existência do direito mediante *documento* idôneo”, que consiste na prova escrita da alegação do autor para o alcance do bem da vida consistente no recebimento de quantia em dinheiro, na obtenção da posse de uma coisa certa ou no cumprimento de obrigações de fazer ou de não fazer.⁴⁴³

Assim como ocorria na vigência do Código de Processo de Civil de 1973 (artigo 1.102, ‘a’),⁴⁴⁴ o documento apto a ensejar a demanda monitória consistia na prova escrita sem eficácia de título executivo. Nesse sentido, no processo monitório, diferentemente do processo executivo, no qual as matérias de defesa são restritas, há instrução probatória.⁴⁴⁵

Uma das mais relevantes alterações em relação à demanda monitória no Código de Processo Civil de 2015 foi a possibilidade de constituição da prova escrita por meio da produção antecipada de provas. O artigo 700, §1º, do Código de Processo Civil de 2015 prevê que “A prova escrita pode consistir em prova oral documentada, produzida antecipadamente nos termos do art. 381”.⁴⁴⁶ Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, “Essa prova oral consistirá certamente no depoimento de alguma testemunha ou mesmo da parte contrária, ao qual o juiz atribuirá o peso probatório”.⁴⁴⁷

⁴⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume III. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 817.

⁴⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume III. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 817 e 825.

⁴⁴⁴ “Art. 1.102.a - A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel” (BRASIL. **Código de Processo Civil de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869/imprensa.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020).

⁴⁴⁵ “Quando a lei brasileira põe a “prova escrita” como pressuposto da concessão da tutela monitória, fica claro que nesse início do procedimento há efetiva instrução probatória. Em outros termos, há *prova* como “atividade” – ainda que se trate de instrução limitada à prova documental, realizada praticamente em dois atos (a juntada dos documentos pela parte; sua apreciação pelo juiz)” (TALAMINI, Eduardo. Ação monitória e cheque prescrito: relação subjacente, prova escrita e causa de pedir. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, v. 228, p. 153).

⁴⁴⁶ BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020.

⁴⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: volume III. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017, p. 825.

A previsão se justifica na medida em que o Código de Processo Civil de 2015 exige a forma escrita para viabilizar a demanda monitória, tornando-se a produção antecipada de provas um meio para viabilizá-la de forma mais célere.

Inclusive, em razão do disposto no Código de Processo Civil de 2015 sobre a relação entre a demanda monitória e a produção antecipada de provas, Marcelo José Magalhães Bonizzi entende que a exigência da prova escrita estaria mitigada. Assim, “segundo as regras atuais, até por testemunhas pode ser provada a existência de uma dívida, desde que seus depoimentos já acompanhem a petição inicial da ação monitória”.⁴⁴⁸

Deste modo, não havendo cabimento da produção de prova oral sem que o procedimento seja ordinarizado, 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 provar.

A afirmação de que a mudança no regramento da produção antecipada de provas alterou o principal requisito da demanda monitória é relevante e decorre da ampla instrução que é facultada pela natureza da demanda monitória. Nesse contexto, Marcelo José Magalhães Bonizzi sustentou que, por exemplo, a prova testemunhal antecipada pode ser novamente realizada ao longo da instrução da demanda monitória.⁴⁴⁹

No entanto, sob a ótica da efetividade do processo, acredita-se que a nova realização de provas já produzidas na demanda autônoma de produção antecipada de provas deve ser vista como exceção. Como sustentado, deve-se evitar a repetição das provas para que a produção antecipada de provas não perca a sua utilidade, desde que ela tenha sido realizada com a participação dos sujeitos processuais que serão as partes da demanda monitória.

⁴⁴⁸ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 106-107.

⁴⁴⁹ “O réu poderá interpor embargos (art. 702) e, com isso, instaurar o contraditório a respeito das provas produzidas pelo autor, hipótese em que as testemunhas que já foram ouvidas podem, se o juiz assim determinar, prestar novo depoimento, e as partes podem ouvir outras testemunhas no decorrer da fase instrutória que os embargos à ação monitória propiciam, conforme for o caso. Também no caso da perícia, nada impede que essa prova seja produzida de forma antecipada e utilizada na ação monitória, porque, ao menos potencialmente, sempre haverá a possibilidade de reavaliar essa prova em caso de embargos. Daí porque, repita-se, soa natural que a nova lei permita a ação monitória fundada em prova oral (desde que esta seja pré-constituída), mas isso não significa que os estreitos limites instrutórios do mandado de segurança possam ser alargados com o mesmo objetivo” (BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 107).

4.3.3 Constituição de prova para a impetração de mandado de segurança

A produção antecipada de provas também pode ser útil ao autor do mandado de segurança. No mandado de segurança, exige-se a prova documental pré-constituída para a demonstração do direito líquido e certo.

A prova é exigida na forma escrita para garantir a sumariedade procedimental e a efetividade a partir da exigência de maior certeza, condicionada à prova que apresente maior verossimilhança. Normalmente, considera-se que as provas escritas têm mais valor em dadas circunstâncias, ainda mais quando são homologadas judicialmente ou documentos públicos.

No caso do mandado de segurança, “o autor não tem mais motivos para afirmar que não teve acesso a determinados documentos, porque poderá, através da produção antecipada de provas, obter tais documentos antes do processo de mandado de segurança”.⁴⁵⁰

Diferentemente do que ocorre com a demanda monitória, a produção antecipada de provas para fins de mandado de segurança está limitada à prova documental em razão da sumariedade da instrução própria do mandado de segurança.⁴⁵¹ Em casos de urgência, a parte deverá se utilizar do inciso I do artigo 381 para reunir as informações necessárias à impetração do mandado de segurança, e não da produção antecipada sem urgência.

4.3.4 Outras provas úteis decorrentes da produção antecipada de provas

A produção antecipada de provas também pode ter outras utilidades específicas para situações nas quais se exige a pré-constituição de prova. Nesse ponto, destacam-se mais três situações processuais previstas no Código de Processo Civil de 2015, nas quais é possível pensar na realização da produção antecipada de provas como instrumento importante.

Primeiro, o artigo 798, I, “c” e “d” prevê que, ao propor a execução de título extrajudicial, cabe também ao autor, na petição inicial, “a prova de que se verificou a condição ou ocorreu o termo, se for o caso” e “a prova, se for o caso, de que adimpliu a

⁴⁵⁰ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 106.

⁴⁵¹ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 107.

contraprestação que lhe corresponde ou que lhe assegura o cumprimento, se o executado não for obrigado a satisfazer a sua pretensão senão mediante a contraprestação do exequente”.

É possível a utilização da produção antecipada de provas para essas finalidades, o que propiciará a propositura de demanda executiva, que, pela sua natureza, é mais rápida e efetiva. Assim, a depender da situação, a produção antecipada pode ser útil a esse fim.

Além disso, é possível utilizar a produção antecipada de provas para sustentar um pedido futuro de tutela de evidência (artigo 311, IV, do Código de Processo Civil de 2015).⁴⁵² Entende-se que essa utilização pode conceder efetividade ao processo na medida em que se objetiva a pacificação provisória do conflito de forma mais rápida e ao mesmo tempo segura, pois propiciará que o juiz conceda a tutela de evidência com base em prova já produzida.

Ademais, a produção antecipada de provas também pode ser pensada para a constituição de prova para fundamentar a admissibilidade de ação rescisória (hipótese do artigo 966, VII, do Código de Processo Civil de 2015).⁴⁵³ Nesse sentido, pode ser citado o Enunciado nº 602 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, pelo qual, em relação ao artigo 966, VII, e 381, III, do Código de Processo Civil de 2015, afirma-se que “A prova nova apta a embasar ação rescisória pode ser produzida ou documentada por meio do procedimento de produção antecipada de provas”.⁴⁵⁴

A despeito dessa possibilidade, é importante pontuar que havia divergência na doutrina no que se referia à abrangência da prova que poderia ensejar a própria ação rescisória. De um lado, Cassio Scarpinella Bueno defendia que a menção a *documento* no dispositivo processual implicaria a admissão de qualquer documento que detenha força de

⁴⁵² “Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável” (BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020).

⁴⁵³ “Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: (...). VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável” (BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020).

⁴⁵⁴ “A produção antecipada da prova é admitida para o *prévio conhecimento dos fatos*, o que pode viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito, bem como justificar ou evitar o ajuizamento da ação (NCPC, art. 381), que até mesmo poderá ser uma ação rescisória. Aliás, sobre a utilização do procedimento de produção antecipada de provas para se viabilizar o ajuizamento de ação rescisória, confira-se o Enunciado 602 do FPPC: “A prova nova apta a embasar ação rescisória pode ser produzida ou documentada por meio do procedimento de produção antecipada de provas” (CAMBI, Eduardo; DOTTE, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d’Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Curso de processo civil completo**. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 737).

prova.⁴⁵⁵ Por outro lado, havia o entendimento de que o termo *documento* não poderia ser entendido como qualquer outro meio de prova.⁴⁵⁶ Com a mudança no inciso VII para a inclusão da expressão *prova nova*, essa controvérsia parece estar superada.

Desse modo, nos casos em que o futuro autor necessite de provas novas para consubstanciar a admissibilidade da ação rescisória, a produção antecipada de provas mostra-se um excelente instrumento.⁴⁵⁷

Para além desses argumentos, vale destacar que a produção antecipada de provas não pode ser um subterfúgio para a renovação de provas no intuito de rescindir uma decisão de mérito corretamente proferida.⁴⁵⁸ Contudo, caso a prova nova apta a fundamentar a propositura da ação rescisória possa ser produzida por meio da produção antecipada de provas, ela deve ser utilizada, porém de forma restrita.

Assim, em questões processuais, também é possível incentivar a produção antecipada de provas, o que é possibilitado pelas premissas já apresentadas neste trabalho quanto à autonomia do direito à prova. Apesar disso, a utilização deve ser analisada caso a caso.

⁴⁵⁵ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: v. 5. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 336.

⁴⁵⁶ YARSHELL Flávio Luiz. **Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 330.

⁴⁵⁷ Nesse sentido, Arthur Ferrari Arsuffi afirma que “Exemplificativamente, apenas para que se tenha ideia da importância dessa função, no âmbito da ação rescisória fundada em prova nova, a pré-constituição da prova é indispensável para viabilizar seu ajuizamento. A *prova nova* – seja documento, seja prova *documentada* – é essencial à propositura da ação rescisória com base nesse fundamento, devendo obrigatoriamente acompanhar a petição inicial sob pena de inépcia, nos termos dos arts. 320 e 321 do CPC/2015, de modo que sua produção no curso do processo não se mostra viável. Assim, nas situações em que o meio de prova de que o autor pretende fazer uso para ajuizar a ação rescisória não for documental ou, ainda, quando for documental, seu acesso depender de decisão judicial para que o documento seja exibido, a produção antecipada da prova será essencial para que ele possa ajuizá-la” (ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**: estratégia, eficiência e organização do processo. Salvador, Editora Juspodivm, 2019, p. 140-141).

⁴⁵⁸ A título exemplificativo, destaca-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo já reconheceu a ausência de interesse de agir para a produção antecipada de provas proposta sob a alegação de embasar ação rescisória: “Produção antecipada de prova. Pretensão de produção de nova prova pericial de engenharia, ao argumento de ser necessária para verificação de irregularidades e ajuizamento de ação rescisória. Fatos suscitados que já foram objeto de ação de conhecimento e realização de perícia, com decisão favorável aos Apelantes, já confirmada em segunda instância, ora em fase de cumprimento provisório de sentença. Supostos vícios da primeira prova pericial que devem ser suscitados em sede de ação rescisória, pois preclusa a matéria. Falta de interesse de agir configurado. Petição inicial corretamente indeferida. Sentença mantida. Recurso não provido” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1004433-50.2016.8.26.0299**. Relator (a): Tasso Duarte de Melo. Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado. Foro de Jandira - 2ª Vara. Data do Julgamento: 21/03/2018. Data de Registro: 23/03/2018).

4.3.5 A produção antecipada de provas e a arbitragem: entre a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral

A produção antecipada de provas atualmente prevista no Código de Processo Civil de 2015 tem gerado muitas discussões no âmbito do Poder Judiciário. Nessa linha, os temas da produção antecipada de provas e da arbitragem começaram a ser explorados pela doutrina brasileira em razão dos diversos pontos de contato entre a jurisdição arbitral e a jurisdição estatal, o que será abordado neste tópico. Nessa linha de raciocínio, pretende-se analisar a produção antecipada de prova e a arbitragem e quais as nuances que decorrem dessa correlação à luz das peculiaridades dos institutos.

A arbitragem é um caminho *alternativo* à justiça estatal, que pode ser escolhida pelas partes contratualmente ou pela celebração de compromisso arbitral, sendo muito utilizada para a resolução de disputas complexas. Cândido Rangel Dinamarco justifica a denominação da arbitragem como meio alternativo (*alternative dispute resolution*), tendo em vista que, tradicionalmente, a jurisdição estatal é “o centro natural de solução dos conflitos, sendo cultivada por muitos séculos a ideia do *monopólio da jurisdição* pelo Estado”.⁴⁵⁹

A arbitragem pode ser definida “como um processo no qual uma ou mais partes neutras (um terceiro desinteressado) chegam a uma decisão após ouvir e examinar as provas”.⁴⁶⁰ O fortalecimento da arbitragem pode ser observado até mesmo como um retorno às origens.⁴⁶¹ Isso porque a arbitragem é uma alternativa à resolução judicial dos litígios há muito tempo, tendo sido, inclusive, prevista no Regulamento 737/1850 como forma obrigatória de solução de conflitos entre comerciantes.⁴⁶²

⁴⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 31.

⁴⁶⁰ COLLEY, John W.; LUBET, Steven. **Advocacia de arbitragem**. Tradução: René Loncan. Brasília: Universidade de Brasília, 2001, p. 22.

⁴⁶¹ “Daí o ressurgimento da arbitragem, como forma de retirar do Estado a prerrogativa de decidir, por meio de seu judiciário, controvérsias oriundas de relações contratuais de que faz parte. Não foi por coincidência, nem mero espírito de emulação, que, a partir da década de 1950, e sobretudo na seguinte, a legislação de diversos países passou a regulá-la para atender aos anseios da comunidade empresarial. Desde então se registra verdadeiro movimento de renovação legislativa sobre a arbitragem. França, Espanha, Grécia, Estados Unidos, Reino Unido, Suíça, Canadá, Itália são alguns dos países que se renderam à nova realidade. O Brasil o fez em 1996, com a Lei 9.307/1996, que incorporou a tônica da lei modelo da UNCITRAL em grande parte de seus dispositivos, bem como da Convenção de Nova Iorque, de 1958” (MAGALHÃES, José Carlos. *A arbitragem como forma de atuação da sociedade civil*. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, v. 9, p. 168).

⁴⁶² “A arbitragem é meio privado de solução de controvérsias dos mais antigos e é surpreendente que tenha sido abandonada por tanto tempo, em todo o mundo. Esse abandono coincide com a preponderância do papel

As vantagens da arbitragem como método alternativo ou adequado de solução de conflitos consistem em celeridade, economia, conhecimento específico e qualificado do árbitro sobre o direito material a ser aplicado e sobre a controvérsia em questão, possível confidencialidade, flexibilidade e informalidade do procedimento arbitral, bem como a definitividade da decisão proferida ao final.⁴⁶³

Esse reconhecimento, contudo, não implica afirmar que a arbitragem seja o melhor método para a resolução de conflitos. Isso porque, de outro lado, tem-se verificado o aperfeiçoamento das ditas desvantagens do Poder Judiciário, assim como é possível se observar desvantagens na utilização da arbitragem a depender do caso concreto. Essa análise, contudo, não é objetivo desta dissertação. Em síntese, parte-se apenas da premissa de que, para a resolução de conflitos por um terceiro imparcial, é possível se utilizar da jurisdição estatal ou da jurisdição arbitral, no âmbito definido pela legislação.

A produção de provas no processo arbitral é igualmente importante como no processo judicial. A fase instrutória é um dos principais pontos de aproximação entre o processo arbitral e o processo judicial, pois o objetivo principal é a comprovação das alegações fáticas deduzidas pelas partes com a finalidade de obter a procedência dos seus pedidos.

Especificamente, no processo arbitral, o árbitro não tem o poder de coerção. No entanto, caso seja necessária a realização de determinado ato, a própria Lei nº 9.307/1996 (“Lei de Arbitragem”) reconhece de forma expressa a possibilidade de expedição de carta arbitral “para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro” (artigo 22-C).⁴⁶⁴

do Estado centralizador e dotado de poder jurisdicional para resolver todas as controvérsias surgidas no âmbito da população. No Brasil, o Regulamento 737, de 1850, no entanto, previa-a como obrigatória para a solução de controvérsias entre comerciantes. Em casos esparsos a ela se recorria, mesmo em contratos de concessão de serviços públicos. ¹Era ainda resquício de velhos tempos da corporação em que as dissensões entre comerciantes eram resolvidas pelos integrantes da própria corporação. Esse resquício ainda subsiste nas Bolsas de Valores e Bolsas de Mercadorias, e outras entidades de alguns setores comerciais, que possuem instituições de arbitragem que resolvem controvérsias entre os participantes da corporação, sem interferência do Estado. E quem deixar de cumprir um laudo arbitral emitido pela entidade corporativa, perde credibilidade e dela será excluído” (MAGALHÃES, José Carlos. A arbitragem como forma de atuação da sociedade civil. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, v. 9, p. 166).

⁴⁶³ Ada Pellegrini Grinover sintetiza que: “Predomina na arbitragem a autonomia da vontade das partes, que a ela se submetem voluntariamente por meio da *cláusula compromissória*, de natureza contratual, antes que o conflito surja, ou pela *convenção arbitral*, de natureza negocial, antes ou depois do surgimento do conflito. São as partes que escolhem os árbitros. O *procedimento arbitral* é informal e inteiramente flexível. Pode ser livremente pactuado de comum acordo, podendo as partes escolher a lei aplicável e até o julgamento por equidade” (GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília, DF, Gazeta Jurídica, 2016, p. 63)

⁴⁶⁴ BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 19 jan. 2020.

Todos os meios idôneos de prova podem ser utilizados na arbitragem. Conforme o artigo 22, *caput*, da Lei de Arbitragem, “Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício”.⁴⁶⁵ Assim como mencionado em relação ao processo judicial, deve-se considerar que a prova produzida na arbitragem não é destinada apenas ao árbitro, mas também às partes, as quais, à luz do material probatório produzido, projetarão a sua estratégia processual, daí a relevância da análise da produção antecipada de provas nesse contexto.

Nesse sentido, é relevante a análise da produção antecipada de provas e a arbitragem com o intuito de constatar se há contribuições da produção antecipada de provas para a efetividade do processo arbitral, o que também, por outro lado, expande o âmbito de utilização da produção antecipada de provas.

4.3.5.1 Cabimento e competência da produção antecipada de provas na arbitragem

No contexto da *novidade* (porque agora positivada, e não porque desconhecida pela doutrina) da produção antecipada da prova no Código de Processo Civil de 2015 e do aumento dos debates sobre o assunto, uma questão interessante e ainda controversa relaciona-se à produção antecipada de provas na arbitragem.

É inegável a pertinência da discussão em razão da positivação, no Código de Processo Civil de 2015, da demanda exclusivamente para a produção antecipada de provas, mesmo sem o requisito da urgência que antes lhe era característica, o que, de certo modo, incentiva a criação de uma nova cultura entre os jurisdicionados, pois, o que era pouco utilizado certamente será mais por conta da nova previsão legal que proporciona maior efetividade, segurança e incentivo à autocomposição.

Muito embora seja possível afirmar que o Código de Processo Civil não se aplica plenamente à arbitragem, o fato é que a produção antecipada de provas pode ser analisada à luz da jurisdição arbitral. Nesse sentido, desde logo entende-se que o mesmo raciocínio que possibilita a produção antecipada de provas no Código de Processo Civil de 2015 se aplicaria à arbitragem, na medida em que se trata de um direito à prova. A questão principal é saber

⁴⁶⁵ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 19 jan. 2020.

como o instituto poderia ser utilizado, com o enfrentamento das questões que envolvem a competência e o aproveitamento da prova no processo arbitral.

4.3.5.1.1 A produção antecipada de prova com fundamento na urgência

No que se refere à arbitragem, quando há urgência na produção da prova, a doutrina, a jurisprudência e a Lei de Arbitragem têm entendimento uniforme.

A Lei de Arbitragem dispõe que, antes de instaurado o procedimento arbitral, “as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência” (artigo 22-A).⁴⁶⁶ Com a instituição da arbitragem, “caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário” (artigo 22-B). Ainda, se a arbitragem já tiver sido instituída, a tutela de urgência deve ser requerida diretamente ao Tribunal Arbitral ou ao Árbitro Único.⁴⁶⁷

Antes da alteração da Lei de Arbitragem pela Lei nº 13.129/2015, o Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de se manifestar sobre a possibilidade de concessão de tutelas de urgência perante o Poder Judiciário enquanto ainda estava pendente a instituição do Tribunal Arbitral. Assim, foram estabelecidos os limites para a atuação do Poder Judiciário, com a ressalva de que o tribunal arbitral poderia, posteriormente, revogar ou alterar a decisão, o que não implicava renúncia à jurisdição arbitral.⁴⁶⁸

⁴⁶⁶ Flávio Luiz Yarshell e Lucas Britto Mejias reconhecem que “Isso porque, da forma como redigido, o texto sugere uma total desvinculação entre o requisito da urgência e a tutela cautelar, quando se sabe que a regra é justamente o contrário. É o requisito da urgência que justifica, na maior parte das vezes, a utilização da técnica da tutela cautelar. Justamente por isso, a doutrina tradicionalmente classifica as tutelas de urgência em tutelas cautelares e antecipatórias, sendo estas espécies daquela” (YARSHELL, Flávio Luiz; MEJIAS, Lucas Britto. Tutelas de urgência e produção antecipada da prova à luz da Lei n. 13.129/2015. **Arbitragem**: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015. Organizadores: Francisco José Cahali, Thiago Rodovalho e Alexandre Freire. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 242-243).

⁴⁶⁷ “Artigo 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário. Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros” (BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 19 jan. 2020).

⁴⁶⁸ “Processo Civil. Medida cautelar com o fito de conceder efeito suspensivo a recurso especial. Possibilidade, desde que demonstrados o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. Arbitragem. Juízo arbitral não constituído. Medida cautelar. Competência. Limites. 1. A jurisprudência deste Tribunal vem admitindo, em hipóteses excepcionais, o manejo da medida cautelar originária para fins de se atribuir efeito suspensivo a recurso especial; para tanto, porém, é necessária a demonstração do *periculum in mora* e a caracterização do *fumus boni iuris*. 2. Na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem. 3. Superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e

Não há dúvidas sobre o poder do árbitro para a determinação de tutelas de urgência. É importante lembrar da distinção entre a concessão da tutela de urgência e a sua execução, pois nessa última é necessária a utilização da força, que é privativa da jurisdição estatal. Prevalece o entendimento de que a tutela de urgência cautelar somente deverá ser pleiteada perante o Tribunal Arbitral a partir do momento da sua instituição. Se não houver Tribunal Arbitral constituído, não se verificam os pressupostos de existência do processo arbitral.⁴⁶⁹

Por outro lado, as partes podem estabelecer que as tutelas de urgência sejam requeridas diretamente ao árbitro antes da instituição do Tribunal Arbitral. A escolha do árbitro para analisar tutelas de urgência pode ser decorrente da vontade das partes na convenção de arbitragem ou do regulamento das Câmaras de Arbitragem. Trata-se do procedimento do árbitro de emergência, que começou a ser previsto nos regulamentos das Câmaras de Arbitragem recentemente.⁴⁷⁰ Vale destacar que, ainda que o árbitro de emergência seja utilizado para as hipóteses de concessão de tutelas de urgência, se, no caso concreto, por qualquer razão, uma ou outra parte recorrer ao Poder Judiciário, o seu direito é assegurado pelo que dispõe o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal.

O objetivo da produção antecipada de provas é a prova, de modo que, salvo em situações excepcionais, não há a necessidade de exercer o poder coercitivo,⁴⁷¹ o que

considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assuma o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão. 4. Em situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar. 5. Liminar deferida” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg na MC 19.226/MS**. Relator: Ministro Massami Uyeda. Relatora para Acórdão: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 21/06/2012. DJE 29/06/2012).

⁴⁶⁹ “Partindo-se da premissa de que a antecipação da prova se dá através de medida cautelar - como ocorre no direito positivo brasileiro - e suposto seja ela, em dada situação, providência preparatória, parece não haver como afastar a regra válida para as medidas cautelares em geral. Vale dizer: não instaurado validamente o juízo arbitral (suposto haver resistência de uma das partes), não há como a postulação da medida ser dirigida a um órgão arbitral que, a rigor, não existe. Nesse caso, por mais que se busque preservar a autonomia da vontade das partes, não há como descartar a via estatal, sem que isso, obviamente, possa ser qualificado como renúncia tácita à solução arbitral” (YARSHELL, Flávio Luiz. Brevíssimas notas a respeito da produção antecipada da prova na arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 14, p. 53).

⁴⁷⁰ O Regulamento da Câmara de Comércio Internacional (CCI) prevê, em seu artigo 29, que “A parte que necessitar de uma medida urgente cautelar ou provisória que não possa aguardar a constituição de um tribunal arbitral (“Medidas Urgentes”) poderá requerer tais medidas nos termos das Regras sobre o Árbitro de Emergência dispostas no Apêndice V” (CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. **Regulamento de Arbitragem e Mediação**. Disponível em: <<http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2012/05/ICC-865-1-POR-Arbitragem-Mediacao.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2019).

⁴⁷¹ “É pensar em uma prova pericial, em que bastará a designação do perito e o exame ou vistoria (caso esses independam da vontade das partes, p. ex., para apresentar as pessoas ou coisas sujeitas à perícia); ou na oitiva

eventualmente seria um argumento para não utilizar a arbitragem para processar e julgar a produção antecipada de provas. Nesse sentido, entende-se que, nas hipóteses em que há urgência, a produção antecipada de provas nada mais é do que uma tutela de urgência, conforme as disposições do Código de Processo Civil de 2015 e da Lei de Arbitragem.

Em conclusão, nas hipóteses de urgência, é muito clara a possibilidade de utilização da produção antecipada de provas quando for prevista a arbitragem como forma de resolução do conflito entre as partes. Dessa forma, conforme mencionado, a competência para a produção antecipada de provas fundada no requisito da urgência será da jurisdição estatal ou mesmo da jurisdição arbitral, a depender do caso concreto.

4.3.5.1.2 A produção antecipada de provas sem o requisito da urgência

Diferentemente da possibilidade de produção antecipada de provas quando há urgência a justificar o pedido, a produção antecipada de provas sem o requisito da urgência tem as suas peculiaridades, a exemplo da própria divergência de posicionamento da doutrina a respeito da sua natureza jurídica, o que foi analisado no tópico 3.1.

Antes da análise sobre a jurisdição adequada para a produção antecipada de provas sem o requisito da urgência quando houver a previsão de arbitragem, é importante estabelecer como premissa que a utilização do procedimento arbitral não se presta apenas para a pacificação de conflitos, mas também para outras finalidades.

A Lei de Arbitragem dispõe que “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (artigo 1º). Apesar disso, muito embora a produção antecipada de provas possa não constituir propriamente um conflito, é certo que há necessariamente um *potencial conflito*, o que, inclusive, justificará o pedido de produção da prova de forma antecipada, ainda que as possíveis consequências sejam a realização de um acordo ou mesmo evitar a propositura de uma outra demanda para discutir efetivamente a relação jurídica de direito material.

de testemunhas, isto é, de terceiros que a tanto não resistam; ou mesmo na solicitação de documentos em poder de terceiros que, da mesma forma, não oponham resistência” (YARSHELL, Flávio Luiz. Brevíssimas notas a respeito da produção antecipada da prova na arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 14, p. 53).

Logo, parte-se da premissa de admissibilidade de um procedimento arbitral instaurado exclusivamente com vistas à produção de prova sem o requisito da urgência e independentemente da existência de um conflito atual a ser dirimido. Isso porque, inexistindo ilicitude no objeto da avença, e sendo livre a vontade das partes, não é razoável limitar a instauração do juízo arbitral às hipóteses em que seja necessária, de imediato, uma solução adjudicatória para a resolução de um conflito.

Assim, de um lado, é plenamente possível que a convenção de arbitragem contenha previsão expressa quanto à possibilidade de instauração de arbitragem para os fins de produção antecipada de prova por qualquer das partes. Após a produção antecipada da prova, a arbitragem poderá ou não continuar a depender do resultado da prova, o que deverá ser decidido pelas partes, individual ou conjuntamente, do primeiro processo.⁴⁷²

Pode ser, entretanto, que a convenção de arbitragem seja omissa especificamente sobre a produção antecipada de provas. É o que se observa na prática.⁴⁷³

Inclusive, vale destacar que, quando não há urgência a justificar a produção antecipada da prova, não há posicionamento pacífico até mesmo das Câmaras de Arbitragem. Especificamente no Brasil, não se tem notícia de um Regulamento de Câmara de Arbitragem com a previsão da produção antecipada de provas sem o requisito da urgência. Conforme é possível se extrair da prática, os custos para a realização de uma arbitragem são calculados com base no valor envolvido na disputa. Considerado o direito à prova, e tendo em vista que não há pedido com valor envolvido, talvez haja uma dificuldade de precificar esse custo sem que o parâmetro seja o valor do contrato, por exemplo.

⁴⁷² “Naturalmente, havendo consenso dos envolvidos na produção antecipada antes da instituição do juízo arbitral, a prova poderá ser colhida por pessoa ou órgão a quem, mais adiante, será atribuída a qualidade de árbitro. Nesse caso, de duas uma: ou se confirma, posteriormente, a instituição da arbitragem integrada pelo árbitro ou árbitros que presidiram a colheita antecipada da prova ou, diversamente, não se confirma. Na primeira hipótese, não deve surgir problema, pela correspondência que ali se estabeleceu. Já na segunda situação, a arbitragem terá sido instaurada exclusivamente para a produção antecipada da prova, sendo esse o seu objeto e nada mais do que isso. Embora atípica, nada há que reparar nessa segunda solução. Caberá ao órgão encarregado de julgar a controvérsia propriamente dita - arbitral ou não - a valoração da prova colhida antecipadamente. Aliás, nessa segunda hipótese, nada impede que as partes estabeleçam que o objeto da arbitragem é a produção e homologação (antecipadas) da prova e que se comprometam a resolver a controvérsia propriamente dita, se necessário, também por meio de arbitragem, mas a cargo de órgão diverso. Consumada que seja a antecipação da prova perante o juiz estatal, nenhuma relevância terá a instituição do órgão arbitral para além do prazo de trinta dias, não havendo qualquer razão para deixar de reconhecer, nessa hipótese, a construção jurisprudencial segundo a qual a regra do art. 808, II, do CPC (LGL\1973\5) não se aplica à produção antecipada de prova” (YARSHELL, Flávio Luiz. Brevíssimas notas a respeito da produção antecipada da prova na arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 14, p. 53).

⁴⁷³ Vale ressaltar que a elaboração de cláusulas de arbitragem que prevejam essas situações evita o problema que é levantado neste trabalho, pois a autonomia das partes é a premissa da arbitragem.

Assim, caso haja uma cláusula de arbitragem e se ela não for expressa a respeito da competência para a produção antecipada da prova, questiona-se se seria facultado à parte interessada recorrer ao Poder Judiciário com o objetivo exclusivo de produzir a prova antecipadamente, nos termos do artigo 381, II e III, do Código de Processo Civil de 2015, com a manutenção do juízo arbitral para o julgamento do conflito de direito material.

Inicialmente, vale destacar que há posicionamento no sentido de que, independentemente da convenção de arbitragem, não seria possível estabelecer de qual juízo seria a competência para a realização da produção antecipada de provas.⁴⁷⁴

De fato, trata-se de questão complexa. Na França, afirma-se que, em princípio, há contradição na parte que escolhe a arbitragem como forma de resolução de conflitos e, ao mesmo tempo, requerer uma *mesure d'instruction in futurum* perante a jurisdição estatal.⁴⁷⁵

A despeito disso, na doutrina francesa, a parte pode se utilizar da jurisdição estatal para requerer a medida probatória nos termos do artigo 145 do Código de Processo Civil

⁴⁷⁴ Esse é o posicionamento de Arruda Alvim e Clarissa Diniz Guedes: “Diante disso, a conclusão que alcançamos é a de que, embora a produção antecipada de provas constitua uma ação de conteúdo processual (exercício do direito à prova), diversa das ações de direito material que eventualmente possam ser propostas para solucionar eventuais conflitos existentes entre as partes, havendo cláusula arbitral, não é possível prever, em todas as situações, quem será competente para tal procedimento – se o árbitro ou o juiz estatal. A resposta a esse questionamento dependerá do conteúdo e da redação da convenção arbitral, bem como do contexto em que tenha sido celebrada. Devemos ponderar, ainda, que a Lei de Arbitragem estabelece uma modalidade de renúncia à jurisdição que deve ser inequívoca; desse modo, havendo dúvidas sobre a abrangência da cláusula arbitral, poderá o interessado exercer o direito de ação de conteúdo processual (produção antecipada de provas) perante o Judiciário, não podendo lhe ser imposta a via arbitral. Desse modo, em que pese haver outros critérios para solucionar a questão, o conteúdo da declaração de vontade das partes parece ser o principal aspecto a ser considerado no momento de se analisar se a cláusula arbitral abrange ou não a possibilidade de produção antecipada de provas. Devem-se ressaltar, todavia, as hipóteses em que os fatos a serem provados extrapolem a relação jurídica para a qual se previu a arbitragem. Em tal contexto, sendo os fatos probandos mais abrangentes que aqueles que digam respeito à cláusula arbitral, a produção antecipada da prova deverá ocorrer perante o Judiciário. É importante lembrar, ainda, que a cláusula arbitral não vincula terceiros. Desse modo, ainda que haja previsão expressa da instauração de arbitragem como para o fim de esclarecer, via produção antecipada de provas sem o requisito da urgência, os fatos pertinentes a determinada relação jurídica, é certo que os terceiros eventualmente interessados não estão adstritos a esta via” (ALVIM, Arruda; GUEDES, Clarissa Diniz. Produção antecipada de prova e juízo arbitral. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, v. 1008, p. 29-30).

⁴⁷⁵ “A priori, il y a une contradiction dans le comportement d'une partie qui, ayant conclu une convention d'arbitrage, désire néanmoins obtenir du juge étatique une mesure d'instruction *in futurum*. En effet, « son choix de recourir à l'arbitrage met en évidence son intention d'exclure la compétence du juge national soit pour adopter un système qui, selon elle, convient mieux au règlement des litiges, soit pour exclure un éventuel procès devant la juridiction nationale de l'autre partie » (en cas d'arbitrage international)” (DESPRÉS, Isabelle. **Les mesures d'instruction in futurum**. Paris: Dalloz, 2004, p. 301).

francês, salvo se houver renúncia do juízo estatal pelas partes. É o que confirmam Isabelle Després,⁴⁷⁶ Alexandre Hory,⁴⁷⁷ Loïc Cadiet e Emmanuel Jeuland.⁴⁷⁸

Ainda, nesse sistema, é interessante destacar que se considera a possibilidade de se recorrer à jurisdição estatal por questões de tempo e custo. Por um lado, as partes não desejam aguardar a constituição do tribunal arbitral para requerer a tutela, e, por outro, podem obtê-la de forma menos custosa perante a justiça estatal.⁴⁷⁹

No Brasil, na opinião de Arthur Ferrari Arsuffi, a natureza do procedimento de produção antecipada de provas, que é desvinculada de qualquer processo que verse sobre a relação jurídica material, implicaria concluir que, em princípio, a atribuição para a produção antecipada de provas seria do Poder Judiciário, e não do juízo arbitral.⁴⁸⁰

⁴⁷⁶ “Le principe de l'intervention du juge étatique pour ordonner des mesures d'instruction *in futurum* en présence d'une convention d'arbitrage étant acquis, nous pouvons, pour finir, tenter de mesurer son importance pratique. Il semble que les parties font un usage relativement modéré de cette possibilité qui leur est offerte. On a pu relever, en matière d'arbitrage international, et à propos des mesures provisoires ou conservatoires en général, que : « sur un plan quantitatif, l'intervention du juge étatique est relativement peu fréquente, en considération du nombre très important des arbitrages pour lesquels le lien de rattachement existant avec la France peut justifier la compétence des tribunaux français. L'analyse de l'ensemble de la jurisprudence (...) démontre que l'intervention du juge étatique (...) est peu sollicitée, les parties laissant se dérouler normalement le cours de l'arbitrage, sauf circonstance révélant des difficultés ou des situations d'urgence. Ceci prouve que le risque d'immixtion délibérée, souvent dénoncé, n'est pas réel >>. Animée d'un désir de coopération, la jurisprudence a donc maintenu la possibilité de recourir au juge étatique, pour satisfaire les demandes de mesures d'instruction *in futurum*, alors qu'il existe une convention d'arbitrage. Il convient de déterminer à présent si cette jurisprudence laisse place à une volonté contraire des parties, au cas où elles souhaiteraient renoncer à toute intervention du juge étatique” (DESPRÉS, Isabelle. **Les mesures d'instruction in futurum**. Paris: Dalloz, 2004, p. 312).

⁴⁷⁷ “Le recours au juge des référés - ou des requêtes - pour l'obtention de mesures d'instruction *in futurum*, sur le fondement de l'article 145 NCPC, n'est donné pas incompatible avec la présence d'une clause compromissoire (A). Ce recours au juge étatique peut cependant être exclu par une convention explicite ou implicite de parties limitant le recours au juge étatique des référés (B)” (HORY, Alexandre. Mesures d'instruction *in futurum* et arbitrage. **Revue de l'Arbitrage**, 1996, n. 2, p. 195).

⁴⁷⁸ “La demande doit être formée avant tout procès, ce qui s'entend 'avant saisine de la juridiction compétente', qui peut être une juridiction étatique ou une juridiction arbitrale dès lors, bien sûr, que le Judge du fond est appelé à être saisi di même litige” (CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. **Droit Judiciaire Privé**. 9. ed. Paris: LexisNexis, 2016, p. 502).

⁴⁷⁹ “Enfin, il est parfois utile, pour des raisons d'efficacité, d'opérer certaines mesures d'instruction *in futurum* (notamment les constats) hors la présence de l'adversaire. La procédure sur requête est prévue par l'article 145 du nouveau Code de procédure civile, mais « le caractère nécessairement contradictoire de la procédure arbitrale est mal adapté (aux) mesures qui doivent être prises par surprise et, pour cette raison, il est préférable de demander ces mesures au juge étatique » par voie de requête unilatérale, si le besoin s'en fait sentir” (DESPRÉS, Isabelle. **Les mesures d'instruction in futurum**. Paris: Dalloz, 2004, p. 303).

⁴⁸⁰ À luz da distinção entre o direito de provar e o direito à prova, Arthur Ferrari Arsuffi afirma que “a ação de produção antecipada de provas “Ou seja, a ação de produção antecipada da prova sem o requisito da urgência tem como objeto uma relação jurídica diversa daquela que envolve a declaração do direito material em determinado caso concreto. Trata-se de uma segunda relação jurídica, cujo protagonista é a obtenção autônoma da prova. O que as partes pretendem com o ajuizamento dessa ação não é a declaração do direito material, mas apenas e tão somente: i) a declaração de que existe o direito à obtenção daquela determinada prova; ii) a obtenção da prova” (ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 183).

Partindo da premissa de que não haveria prestação jurisdicional na produção antecipada de provas, José Victor Palazzi Zakia e Gabriel Caetano Visconti defendem que “a existência de cláusula compromissória não desloca para os árbitros a competência para decidir acerca de uma possível ação autônoma de produção de provas”.⁴⁸¹

Além disso, esses autores afirmam que a produção antecipada de provas não seria de competência da arbitragem porque (i) o procedimento previsto no Código de Processo Civil não obedeceria aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o que resultaria em sentença arbitral nula; e (ii) implicaria a majoração dos custos de transação do procedimento, de modo a gerar onerosidade e demora na conclusão do procedimento arbitral.⁴⁸²

Contudo, entende-se que esses argumentos não retiram a exclusividade da jurisdição arbitral para o processamento de um procedimento com o objetivo de produzir provas antecipadamente sem o requisito da urgência. Nesse sentido, Eduardo Talamini afirma que “Em princípio, as ações probatórias autônomas relativas a determinado litígio estão abrangidas pela convenção arbitral para ele estipulada”.⁴⁸³ De acordo com o autor, não havendo urgência que justifique a utilização da via judicial na fase pré-arbitral – o que ocorre com a produção antecipada de caráter cautelar – o direito autônomo à prova deve ser exercido em processo arbitral específico para essa finalidade.

Eduardo Talamini entende que as demandas com o objetivo de antecipar a produção da prova estariam abrangidas pela convenção de arbitragem,⁴⁸⁴ de modo que, não havendo urgência, deve ser instaurado procedimento arbitral específico para essa finalidade. Porém, esse mesmo autor ressalta que, em alguns casos, a produção dessa prova por demanda específica poderia ser realizada perante o Poder Judiciário.⁴⁸⁵

⁴⁸¹ ZAKIA, José Victor Palazzi; VISCONTI, Gabriel Caetano. Produção antecipada de provas em arbitragem e jurisdição. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, v. 59, p. 203.

⁴⁸² ZAKIA, José Victor Palazzi; VISCONTI, Gabriel Caetano. Produção antecipada de provas em arbitragem e jurisdição. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, v. 59, p. 203.

⁴⁸³ TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2016, v. 260, p. 80.

⁴⁸⁴ “Em princípio, as ações probatórias autônomas relativas a determinado litígio estão abrangidas pela convenção arbitral para ele estipulada. Então, não havendo urgência que impedisse aguardar-se o início da arbitragem, a produção antecipada da prova para fins não cautelares normalmente deveria ser feita em processo arbitral específico para tal fim” (TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, v. 260, p. 81).

⁴⁸⁵ “Mas podem existir fatores que concretamente justifiquem a antecipação probatória perante a autoridade judiciária. É o que se dá, entre outros casos, quando apenas a própria produção da prova permitirá ao requerente definir os exatos contornos de sua pretensão, inclusive para saber se ela está efetivamente abrangida pela

Flávio Luiz Yarshell, por sua vez, não entende que haveria flexibilidade quanto à apreciação da demanda pelo Poder Judiciário e defende que ela deve ser analisada necessariamente pela jurisdição arbitral.⁴⁸⁶ A ideia, com a qual se concorda, é de que, “por mais evidente que o direito possa ser, a Jurisdição Estatal não está autorizada a antecipar os efeitos do provimento buscado sem que constate riscos na espera pela formação do Tribunal Arbitral, sob pena de usurpar indevidamente a jurisdição arbitral”.⁴⁸⁷

Ainda, observa-se que a questão econômica tem sido aventada para justificar a jurisdição estatal como competente para processar e julgar a produção antecipada de provas.⁴⁸⁸ No entanto, a despeito da menção ao sistema francês nesse assunto, não se concorda com esse argumento. Na medida em que as partes optaram pela arbitragem como forma de resolução de conflitos decorrentes de determinada relação jurídica de direito material, elas estão cientes dos custos que deverão ser despendidos com o procedimento arbitral, no que se inclui a produção antecipada de provas.

De todo modo, para que seja proporcionada segurança às partes e evitar-se quaisquer dúvidas, o ideal seria que fosse estabelecida, na própria convenção de arbitragem, qual a jurisdição competente para a produção antecipada de provas (cláusula cheia), isso porque há

convenção arbitral. Outro exemplo tem-se em casos em que, diante de indicativos concretos, sabe-se de antemão que haverá negativa de colaboração ou resistência à produção probatória, de modo a exigirem-se medidas coercitivas que apenas poderiam ser determinadas, em qualquer caso, pelo juiz estatal (Lei 9.307/1996, art. 22, §§ 2.º e 4.º). Nessa hipótese, parece razoável que a medida de produção antecipada seja desde logo requerida judicialmente. Além disso, pode haver situações em que a produção probatória que se pretende antecipar é extremamente singela e de curta duração (por exemplo, ouvida de uma única testemunha), de modo que seria desproporcional, por sua extrema onerosidade, complexidade e demora, constituir um tribunal arbitral apenas para isso. Também em tais casos justifica-se a competência judiciária” (TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**. São Paulo: Editoria Revista dos Tribunais, 2016, v. 260, p. 81).

⁴⁸⁶ “Para além de inadequado, o texto pode levar o intérprete a aceitar a interferência do Judiciário para pleitos provisórios sem o requisito da urgência, o que deve ser afastado” (YARSHELL, Flávio Luiz; MEJIAS, Lucas Britto. Tutelas de urgência e produção antecipada da prova à luz da Lei n. 13.129/2015. **Arbitragem**: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015. Organizadores: Francisco José Cahali, Thiago Rodovalho e Alexandre Freire. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 243).

⁴⁸⁷ YARSHELL, Flávio Luiz; MEJIAS, Lucas Britto. Tutelas de urgência e produção antecipada da prova à luz da Lei n. 13.129/2015. **Arbitragem**: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015. Organizadores: Francisco José Cahali, Thiago Rodovalho e Alexandre Freire. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 243.

⁴⁸⁸ Segundo afirma Arthur Ferrari Arsuffi, “Por fim, há, ainda, argumento de ordem pragmática que apoia a conclusão adotada por nós: o custo para a produção antecipada da prova no Poder Judiciário tende a ser muito menor do que perante o tribunal arbitral. Esse argumento, ainda que pragmático, justifica que as partes tenham de prever expressamente a competência do juízo arbitral para conhecer da produção antecipada da prova, ainda mais quando, como se sustenta no presente trabalho, deve haver estímulo à utilização do instituto. Nesse sentido, em se tratando de uma relação jurídica diversa, sua sujeição ao juízo arbitral só ocorrerá se as partes, de forma expressa, incluírem tal previsão no compromisso arbitral. Caso contrário, a competência para conhecer da ação de produção antecipada de provas sem o requisito da urgência será do Poder Judiciário” (ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova**: estratégia, eficiência e organização do processo. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 184).

divergência quanto à existência de conflito na demanda para a produção antecipada da prova prevista no Código de Processo Civil de 2015.

Ademais, a demanda para a produção antecipada da prova, quando não há urgência a justificá-la, na arbitragem, encontra um ambiente muito mais propício.⁴⁸⁹ Nesse sentido, deve-se pontuar que a probabilidade de que a prova seja renovada se produzida em jurisdições distintas é muito maior, sendo esse mais um argumento de utilidade para que a produção antecipada de provas seja realizada perante a jurisdição estatal quando houver convenção de arbitragem a respeito da relação jurídica das partes.

Por fim, vale destacar a análise das decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo que envolvem produção antecipada de provas e arbitragem.

As questões relativas à produção antecipada de provas e arbitragem começaram a ser analisadas pelos tribunais brasileiros. Especificamente, o Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu algumas decisões a respeito da produção antecipada de provas e a arbitragem, as quais devem servir de parâmetros para a constatação de como o assunto vem sendo tratado na prática forense. A título exemplificativo, destacam-se dois posicionamentos jurisprudenciais. O Tribunal de Justiça de São Paulo admitiu a produção antecipada de provas sem o requisito da urgência enquanto ainda não havia sido constituído o tribunal arbitral. Entretanto, a análise foi realizada de forma superficial.

No julgamento da apelação n. 1093560-14.2016.8.26.0100,⁴⁹⁰ da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial,⁴⁹¹ o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que a prova deveria ser produzida antecipadamente perante o Poder Judiciário porque a demanda

⁴⁸⁹ “Daí que, especialmente no processo arbitral, as partes devem sempre ser incentivadas a desenhar conjuntamente o processo mais adequado ao seu litígio. Isso pode envolver a antecipação da produção de determinada prova, especialmente com vistas à identificação do que realmente está em jogo e à melhor avaliação de chances no litígio. Isso é especialmente oportuno no campo arbitral, em que a própria atmosfera convencional estimula as partes a soluções de consenso. Dentro do fértil campo do desenho dos mecanismos de solução de conflitos, nada impede que, invertendo a prática usual, as partes partam de uma arbitragem com o fim específico de produção de provas, em procedimento análogo ao das ações cautelares de antecipação de prova, mas com ares da *Discovery* do *common Law*. Com o quadro probatório definido, poderão as partes tentar autocomposição, inclusive com o apoio de uma mediação” (YARSHELL, Flávio Luiz; MEJIAS, Lucas Britto. Tutelas de urgência e produção antecipada da prova à luz da Lei n. 13.129/2015. **Arbitragem**: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015. Organizadores: Francisco José Cahali, Thiago Rodovalho e Alexandre Freire. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 245).

⁴⁹⁰ Atualmente, o processo está em trâmite perante o Superior Tribunal de Justiça (AREsp nº 1289393 / SP).

⁴⁹¹ “Produção antecipada de prova – Exibição de documentos - Extinção sem julgamento de mérito afastada – Cláusula compromissória que autoriza a adoção de medidas urgentes e preparatórias à instituição do procedimento arbitral – Recurso provido” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1093560-14.2016.8.26.0100**. Relator: Fortes Barbosa; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Foro Central Cível - 16ª Vara Cível. Data do Julgamento: 20/04/2017. Data de Registro: 20/04/2017).

foi proposta para “estabelecer um ambiente adequado para a instauração de um juízo arbitral”, muito embora tenha reconhecido a inexistência de urgência da situação.⁴⁹²

O caso concreto tratava-se de demanda para a exibição de documentos relativos à alienação de uma participação acionária com o objetivo de instruir a futura arbitragem, e não havia a alegação de urgência e de risco de perecimento desses documentos. Contudo, o julgamento do Tribunal de Justiça de São Paulo não considerou a demanda para a produção antecipada de provas como uma medida autônoma e não aprofundou a argumentação técnica para estabelecer de forma clara os critérios para que uma prova antecipada seja produzida perante o Poder Judiciário ou na Arbitragem diante de uma cláusula compromissória.

Vale ressaltar que a conclusão sobre a competência para a produção antecipada de provas deve estar atenta ao conteúdo da cláusula compromissória, que pode ressaltar a inclusão de determinadas matérias que serão resolvidas perante a arbitragem.

Outro acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo também apreciou a produção antecipada de provas sem o requisito da urgência diante da existência de convenção de arbitragem. Nesse caso, o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve a decisão de primeira instância que permitiu a realização de perícia de engenharia no trecho de uma rodovia sem que houvesse urgência a justificar o pedido, que tinha o único objetivo de subsidiar a alegação de descumprimento de um contrato de concessão.

Trata-se do acórdão que julgou o agravo de instrumento n. 3001295-31.2017.8.26.0000, a 9ª Câmara de Direito Público se limitou a indicar a possibilidade de o Poder Judiciário apreciar medidas de urgência antes da instituição do tribunal arbitral (artigo 22-A da Lei de Arbitragem).⁴⁹³ Foi interposto recurso especial, que foi inadmitido, de modo

⁴⁹² “A finalidade da tutela em relevo, de produção antecipada de provas, não é a de puramente ‘produção’ de uma prova para uso futuro, mas, isso sim, a de ‘asseguração’ (Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, Processo Cautelar, RT, São Paulo, 2008, p.258) e, como consequência, creio seja possível, mesmo sem uma urgência premente, o deferimento da tutela discutida, desde que demonstrada a potencial utilidade dos elementos fáticos a serem colhidos e conservados” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1093560-14.2016.8.26.0100**. Relator: Fortes Barbosa; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Foro Central Cível - 16ª Vara Cível. Data do Julgamento: 20/04/2017. Data de Registro: 20/04/2017).

⁴⁹³ “Agravo de instrumento – Contrato de concessão - Convenção de arbitragem - Ação de produção antecipada de provas – Insurgência contra decisão que rejeitou a preliminar arguida pela Fazenda do Estado de São Paulo, acerca da incompetência do Juízo em razão da existência de cláusula contratual de constituição de Junta Técnica e Juízo de Arbitragem em casos de controvérsias – Manutenção do *decisum* – Cláusula 54.12, do Contrato de Concessão Patrocinada nº SLT nº 008/2014, que expressamente prevê a possibilidade de qualquer das partes poderá recorrer às Varas da Comarca de São Paulo, Estado de São Paulo, para obter medida cautelar antes da formação do Tribunal Arbitral – Rejeição da preliminar mantida – Recurso improvido” (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 3001295-31.2017.8.26.0000**. Relator: Rebouças de Carvalho. Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público. Foro de Paraibuna - Vara Única. Data do Julgamento: 06/12/2017. Data de Registro: 07/12/2017).

que foi interposto agravo em recurso especial. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça inadmitiu o agravo em recurso especial,⁴⁹⁴ e não teve a oportunidade de apreciar essa questão, que é importante para pacificar o tema que se refere à produção antecipada de provas sem o requisito da urgência quando há convenção de arbitragem.

Como se percebe, no que toca à arbitragem, essas decisões judiciais aproximaram a produção antecipada de provas sem o requisito da urgência às medidas cautelares, situações que são distintas e, por isso, não podem servir como parâmetro. Apesar disso, pode-se inferir que a tendência é se entender pela admissibilidade da produção antecipada de provas perante a jurisdição arbitral quando houver convenção de arbitragem, tendo em vista que, em um caso ou em outro, fez-se referência à urgência para admitir ou não a realização da prova perante a jurisdição estatal.

Diante do exposto, apesar das ponderações apresentadas, entende-se que a competência para realizar a prova antecipadamente é da jurisdição arbitral, e não estatal. De todo modo, em razão do estágio de amadurecimento do assunto, recomenda-se que as partes, ao celebrar as convenções de partes, especifiquem a situação da produção antecipada de provas, o que certamente evitará dúvidas quanto à competência para processá-la.

4.4 ABUSO DO DIREITO À PROVA E O LITÍGIO RESPONSÁVEL

Como visto nos capítulos anteriores, a produção antecipada de provas permite que as partes busquem o esclarecimento de fatos relativos a determinada relação jurídica pela realização de diligências probatórias. As provas produzidas poderão servir a qualquer uma das partes, que utilizar-se-ão delas da forma que entenderem mais adequada. Dentre os benefícios da realização da prova antecipadamente, é possível vislumbrar a solução de conflitos por meio da autocomposição e a propositura de demandas com mais elementos probatórios, o que colabora com a aplicação do direito ao caso concreto.

Considerada a possibilidade de que a produção antecipada de provas não implique a realização de um acordo entre as partes em relação ao conflito subjacente, destaca-se que as

⁴⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1434074/SP**. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em 13/02/2019. DJe 19/02/2019.

partes podem melhor estruturar a sua estratégia processual exatamente em razão das informações obtidas com a produção da prova antecipadamente.

Porém, como sempre, há o outro lado da moeda. A produção antecipada de provas deve ser utilizada de forma responsável pelas partes, sem a prática de atos que resultem no prolongamento injustificado do processo ou mesmo na sua ineficiência. Essa é uma questão cultural, pois é possível afirmar que há uma cultura de litigiosidade no Brasil, o que, por vezes, contribui para o assoberbamento de processos no Poder Judiciário. Nesse sentido, José Carlos Baptista Puoli afirma que “a ampliação da possibilidade de jurisdicionalização das situações conflituosas não representa um direito absoluto”,⁴⁹⁵ sendo, inclusive, uma questão de “moralidade e responsabilidade”⁴⁹⁶ relacionada à própria conduta humana.

A despeito da sua autonomia, o direito à prova não pode ser ilimitado.⁴⁹⁷ Nesse particular, Flávio Luiz Yarshell sustenta que deve haver um mínimo de expectativa de que haja uma decisão judicial a respeito de determinado tema, até mesmo para a configuração do interesse processual e para a própria delimitação da realização da prova.⁴⁹⁸

Ainda, afirma-se que “a obtenção da prova, ainda que muito relevante, há de levar em conta valores de igual dignidade, inclusive em nível constitucional, e que, em certa medida, limitam o direito à prova”.⁴⁹⁹

De fato, a ampliação da produção antecipada de provas no Código de Processo Civil de 2015 foi extensa, o que muito decorreu do reconhecimento da autonomia do direito à prova. Como foi destacado ao analisar tanto as hipóteses autorizadoras, como também a petição inicial da produção antecipada de provas, dificilmente uma prova seria indeferida

⁴⁹⁵ PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do Juiz e as Reformas do Processo Civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 183.

⁴⁹⁶ PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do Juiz e as Reformas do Processo Civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 184.

⁴⁹⁷ “Não obstante tratar-se de garantia inerente ao devido processo constitucional, não se pode considerar o direito à prova como valor absoluto. As regras e princípios processuais são eminentemente instrumentais, pois se destinam a assegurar o correto funcionamento do instrumento estatal de solução de controvérsias. Não são dogmas indiscutíveis, devendo ser observados nos limites em que se revelem necessários aos fins a que se destinam” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Garantia da amplitude de produção probatória. Garantias constitucionais do processo civil**. Coordenador: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 169).

⁴⁹⁸ “Assim, sob o ângulo do Estado, não interessa despender energia para a produção antecipada de uma dada prova sem qualquer relação, por menor e hipotética que possa ser, com uma controvérsia minimamente delimitada e com a expectativa, ainda que relativamente longínqua, de um julgamento estatal. Aliás, indefinição dessa ordem inviabilizaria a própria atuação estatal, porque não seria possível determinar quais seu objeto e limites” (YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 335).

⁴⁹⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e o direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 311.

em razão da amplitude do direito à sua produção. Em razão disso, exige-se que sejam estabelecidos limites para evitar que os litigantes abusem da sua utilização.

É muito importante que o incentivo à utilização e ampliação da produção antecipada de provas não reverta todos os benefícios que ela pode trazer para solucionar os conflitos da sociedade e mesmo para o eventual processo futuro para a discussão da relação jurídica de direito material conflituosa.

Assim como já defendido ao longo do trabalho, em que pese a não observância de requisitos rígidos para o processamento da produção antecipada de provas, o fato é que o autor deve demonstrar o substrato fático mínimo para que a prova seja produzida, de modo que não apenas se atinja a efetiva produção da prova com seus contornos e limitações, mas que se evite o abuso do processo, seja pelo autor, seja pelo réu.⁵⁰⁰

Nesse sentido, deve-se compreender que um dos objetivos da antecipação da tutela probatória reside no “escopo de inibir o exercício abusivo do direito de defesa”;⁵⁰¹ ao mesmo tempo, tal premissa não pode justificar o exercício abusivo de prova, como se a inibição do exercício abusivo de defesa autorizasse ao demandante pleitear provas irresponsavelmente.

Em outros termos, a vedação do abuso de defesa não permite a prática de abuso de prova; ambos os abusos, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, são condenados, não podendo um servir de suporte argumentativo para legitimação do outro.

O artigo 77, III, do Código de Processo Civil de 2015 dispõe que são deveres dos sujeitos processuais e dos seus procuradores “não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito”.⁵⁰² Nesse sentido, o artigo 370, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015 dispõe que o juiz indeferirá provas

⁵⁰⁰ “Se, por um lado, a produção antecipada de prova não exige que o autor dê detalhes do litígio relacionado a essa prova, por outro, é preciso pensar que alguma informação precisa existir, não só para orientar essa produção de prova, mas também para evitar abuso por parte do autor, de forma a proteger a intimidade do réu e também para poupar recursos públicos. (...) Em resumo, embora a produção antecipada de prova não exija uma descrição detalhada do litígio a ser evitado ou iniciado, o autor precisa fazer alguma referência nesse sentido, no mínimo para orientar a colheita de provas e, em última análise, para que o juiz possa evitar abusos” (BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 94-95).

⁵⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 124.

⁵⁰² BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020.

inúteis ou meramente protelatórias, o que deve ser aplicado na produção antecipada de provas para que se evite a utilização desse instrumento para respaldar abusos.⁵⁰³

O legislador federal, como forma de conciliar as pretensões acima, possibilita a produção antecipada de provas, sem o requisito da urgência, conferindo maior efetividade ao processo e combatendo a procrastinação do réu que dificulta o acesso a certos documentos; concomitantemente, também impõe exigências ao requerente da prova antecipada, porquanto essa garantia não pode servir de substrato para abuso do direito de prova, como se fosse instrumento legitimador para pedidos genéricos e infundados.

Em suma, o abuso do processo para a obtenção de prova, baseado em pedidos genéricos, vagos e infundados, colide frontalmente com as diretrizes do que pretende o sistema processual. A efetividade da tutela jurisdicional e a cooperação processual, por si só, não podem ser utilizadas como justificativas de antecipações de provas infundadas, haja vista a existência de uma variedade de requisitos que delimitam e evitam arbitrariedades.

Essa efetividade, porém, pode ser alcançada com mais facilidade a partir da atuação do juiz, que deve se basear nos princípios processuais e na acertada verificação dos requisitos autorizadores da produção antecipada de provas e da conduta das partes.

A despeito das diferenças entre os institutos, em especial o fato de que, na *discovery*, é prescindível a investigação de fatos que não estejam diretamente relacionados ao conflito, destaca-se que, assim como a produção antecipada de provas, “a *Discovery* deve ser concebida como técnica processual de solução de conflitos capaz de resolver litígios sem onerar demasiadamente o Poder Judiciário”.⁵⁰⁴

Inclusive, em razão dos elevados custos da *discovery*, bem como da sua utilização maximizada pelas partes, desenvolveu-se a teoria da *fishing expedition*.⁵⁰⁵ Vale dizer, não

⁵⁰³ BRASIL. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020.

⁵⁰⁴ 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, 2015, v. 245, p. 435.

⁵⁰⁵ “Some abuses of the discovery process are so egregious that the court must intervene to limit discovery in the interest of justice. In *Roberts*, Judge Naythons discussed not only the abuse of discovery that occurred at the hands of the plaintiff but also the impact of overdiscovery. He acknowledged that overdiscovery, known as a ‘fishing expedition’, is a common practice in litigation. As a result, the plaintiff’s conduct, because of the cost associated with overdiscovery, ‘may well force the [defendant] City of Philadelphia, lacking in sufficient funds, to accept unfair settlement, or force settlement of an unmeritorious claim’. The judge found the plaintiff’s requests to be repetitive and indifferent to either costs of alternative sources of information. Failure to utilize alternative sources of information instead of discovery, particularly publicly available sources, can result in discovery limitations. The court in *Public Service Enterprise Group* found that the plaintiff’s discovery request seeking information about power outages was already publicly available because of previous litigation

apenas vantagens se verificam na *discovery*.⁵⁰⁶ Percebe-se, então, que são frequentes as críticas acerca dos abusos cometidos em sede de *discovery*, razão pela qual as *Civil Procedure Rules* foram ampliadas na busca do seu controle jurisdicional.⁵⁰⁷

Assim, Marcelo José Magalhães Bonizzi afirma que “convém destacar que o juiz deve estar atento quanto à utilização abusiva desse novo instrumento processual, coibindo, por exemplo, aquilo que a doutrina norte-americana chama de *fishing expedition*”.⁵⁰⁸

A doutrina inglesa também enfrenta esse problema. Tanto é assim que se afirma que há três obstáculos principais para a realização dos objetivos e benefícios da *disclosure*: o problema da *fishing expedition*, o incremento de custos e questões de confidencialidade.⁵⁰⁹

Na França, também se observa que o deferimento da medida probatória *in futurum* não ocorrerá para suprir falhas do requerente na obtenção da prova. Esse é um limite expresso que a legislação francesa apresenta para que a produção da prova não seja simplesmente um incentivo ao requerente que pode obtê-la de outra forma.⁵¹⁰ Nesse sentido,

and public records. As a result, the court held that these requests were in violation of the Proportionality Rule even though the information requested yielded information relevant to the action. Using alternative, publicly available sources is a very efficient method of discovery, one encouraged by FRCP 26(b)(2)(C) because costs are often negligible and little resulting burden is placed on the opposing party” (NICHOLLS, Jennifer. A Proportional Response: Amending the Oregon Rules of Civil Procedure to Minimize Abuse Discovery Practices. **Oregon Law Review**. Eugene: University of Oregon, 2010, v. 89, p. 1455-1456).

⁵⁰⁶ “The discovery machinery does not operate without friction” (HAZARD JR., Geoffrey; JAMES JR., Fleming; LEUBSDORFF, John. **Civil procedure**. 5. ed. New York: Foundation Press, 2001, p. 323).

⁵⁰⁷ Conforme conta José Carlos Barbosa Moreira, “Antes do advento do novo código, abusos comuns tinham efeitos negativos na duração e no custo do processo. Advogados pouco escrupulosos, remunerados por horas de trabalho, alongavam e complicavam desnecessariamente o procedimento da *discovery*, que chegava às vezes a produzir uma ‘avalanche de papel’. Isso podia também contribuir para acentuar a disparidade de armas entre litigantes de recursos financeiros muito diferentes. As *Civil Procedure Rules* trataram de pôr cobro a tais excessos, intensificando o controle judicial sobre a referida atividade – à qual, se de até denominação nova *disclosure*. Também nos Estados Unidos, onde se continua a empregar o termo *discovery*, reformas legislativas têm aumentado o peso daquele controle” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**: nona série. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 58).

⁵⁰⁸ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 94.

⁵⁰⁹ “Entretanto, há três contra-restrições: o problema da *fishing expedition*, ou seja, a busca ‘voraz’ do autor por provas, a fim de provocar uma ação imaginada, mas que não passa de especulação; a questão das expectativas razoáveis de terceiros, em manter a confidencialidade e a privacidade (seja em relação a informações privadas ou para satisfazer o compromisso de confidencialidade que devem a outras partes); e o risco de que ordens de *disclosure na fase que antecede a ação* determinadas judicialmente possam aumentar os custos da solução de litígios” (ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Tradução: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 139-140).

⁵¹⁰ O artigo 146 do Código de Processo Civil francês dispõe que a medida probatória não será deferida simplesmente para suprir a deficiência da parte na obtenção da prova. Texto original do artigo 146 do Código de Processo Civil francês: “Une mesure d’instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l’allègue ne dispose pas d’éléments suffisants pour le prouver. En aucun cas une mesure d’instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l’administration de la preuve” (FRANÇA. **Code De Procédure Civile**: version consolidée au 1 janvier 2020. Disponível em:

a exigência do *interesse legítimo* também serve para controlar que o requerente não desvie o objetivo do processo e não abuse do seu direito. A título exemplificativo, pode ser negado um pedido de produção antecipada de provas de uma empresa que alega que foram realizados atos de concorrência desleal caso o juiz considere que o pedido é motivado pelo desejo de conhecer a estrutura comercial da empresa concorrente.⁵¹¹

De fato, compreende-se que os poderes do juiz são essenciais para supervisionar e impor sanções à parte que pratique atos que ofendam os princípios processuais, em especial para que uma das partes não seja prejudicada em razão da conduta da outra, o que frustraria a produção antecipada de provas, pelo não atingimento dos seus objetivos que podem ser muito úteis ao sistema processual.⁵¹² Por outro lado, as partes também devem atuar ativamente para evitar práticas abusivas pela outra parte.⁵¹³

Na prática, verifica-se ao menos um exemplo no qual, em um processo de produção antecipada de provas, o Tribunal de Justiça de São Paulo enfrentou uma situação concreta e manteve a extinção de um processo por entender que houve abuso do processo, pois já havia uma demanda com a discussão do direito material em andamento.⁵¹⁴ Ou seja, a utilização da

<<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>>. Acesso em: 14 jan. 2020).

⁵¹¹ “*A fortiori*, le motif légitime n'existe pas si l'action envisagée est irrecevable. Le motif légitime sert aussi à contrôler que le demandeur ne détourne pas l'esprit de la procédure. Par exemple, une société qui allègue des actes de concurrence déloyale peut se voir refuser une mesure d'instruction, si le juge considère qu'elle est motivée par la volonté de connaître la structure commerciale de la société concurrente” (VERGÈS, Étienne; VIAL, Géraldine; LECLERC, Olivier. **Droit de la preuve**. Paris: Thémis droit, 2015, p. 310).

⁵¹² A título de exemplo destaca-se o teor do artigo 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015: “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária” (BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020).

⁵¹³ “Numerous tactics can be used to respond to predatory discovery practices. These responses include adopting a collaborative or team approach (i.e., working very closely with counsel), making a good record, insisting on a privilege log, seeking protective orders and the appointment of a special master, and seeking sanctions. Adoption of a collaborative or team approach yields three major benefits to the discovery abuse victim. One benefit is that these tactics may help counsel obtain the evidence needed to win the case. A second benefit is that evidence of discovery abuse may be used as evidence of bad faith in cases involving punitive damages. Moreover, a litigant who obtains a ruling that the opposing party deliberately withheld documents may present that discovery misconduct ruling to the court as further evidence of bad faith (in seeking punitive damages). A third benefit is obtained by building a case of discovery abuse using a theory of a ‘discovery fraud scheme.’ If the opposing party is perpetrating a discovery ‘fraud’ scheme, then evidence of the entire scheme must be exposed to use it against the other party at trial” (HOPWOOD, William; PACINI, Carl; YOUNG, George. Fighting Discovery Abuse in Litigation. **Journal of Forensic & Investigative Accounting**. 2014, v. 6, Issue 2).

⁵¹⁴ “Produção antecipada de prova – Prova pericial determinada – Redistribuição por sorteio incabível – Conjunto fático sobreposto a feito já sentenciado - Prevenção – Transformação da ação numa produção posterior ou simultânea de provas - Utilização anômala e inadequada do procedimento previsto nos artigos 381 e seguintes do CPC de 2015 – Abuso do processo – Litigância de má-fé caracterizada – Falta de interesse de

produção antecipada de provas constituía apenas uma tentativa de tumultuar o outro processo que já estava em andamento, com a duplicidade da prova.

A cultura de litigiosidade e de utilização exaustiva e impensada dos mecanismos existentes no Brasil necessita mudar para que a sociedade possa melhor se utilizar dos instrumentos capazes de propiciar soluções efetivas para os seus conflitos. Desse modo, é importantíssimo que a produção antecipada seja utilizada de forma responsável, com atenção aos princípios do processo e aos escopos desse procedimento, que, se bem utilizado, pode trazer muitos benefícios às partes e ao próprio sistema processual.

CONCLUSÃO

Após o desenvolvimento de todos os capítulos da dissertação, serão apresentadas as considerações finais e conclusões alcançadas pelo estudo.

A partir da análise da produção antecipada nas legislações processuais anteriores, verificou-se que a positivação da produção antecipada de provas sem o requisito da urgência e desvinculada do *processo principal* foi uma conquista importante do Código de Processo Civil de 2015, que tem como objetivo não apenas a diminuição do número de processos judiciais em trâmite perante o Poder Judiciário, como também o alcance da efetividade do processo por meio da disponibilização de instrumentos para propiciá-la. Ao longo do trabalho, observou-se que as premissas e conceitos relacionados ao direito probatório também se verificam na produção antecipada de provas, a despeito da sua autonomia.

Nesse sentido, a produção antecipada de provas é um mecanismo que está alinhado aos princípios do processo, que estão expressos na Constituição Federal e no Código de Processo Civil de 2015. As hipóteses da produção antecipada de provas demonstram o incentivo à autocomposição, que pode ser mais facilmente alcançada com o conhecimento prévio das partes sobre os fatos, com os quais elas podem melhor avaliar as suas chances de êxito em relação ao conflito, o que concretiza os escopos do processo.

Outro aspecto relevante que decorre da realização da produção antecipada de provas é a possibilidade de a parte evitar a propositura de uma demanda para a discussão da relação jurídica de direito material em razão do resultado da prova. Por outro lado, no caso de propositura da demanda, por certo, a parte terá elementos mais consistentes para embasá-la, o que naturalmente implicará que esse processo seja mais efetivo. As partes poderão não apenas propor demandas mais fundamentadas, mas também melhor exercer o seu direito de defesa diante de elementos probatórios já conhecidos.

Em razão do reconhecimento da autonomia do direito à prova, inclusive, optou-se, neste trabalho, pela não utilização da expressão *demanda principal* para a referência à eventual e futura demanda para a discussão da relação jurídica de direito material que pode ser proposta por qualquer das partes da produção antecipada de provas.

Concluiu-se que a produção antecipada de provas tem natureza jurisdicional contenciosa, o que tem reflexos importantes. Em relação aos aspectos procedimentais, para

além dos fundamentos do artigo 381, II e III, do Código de Processo Civil de 2015, foram destacadas questões relevantes que merecem atenção para melhor reflexão da doutrina.

Inicialmente, a competência para a produção antecipada foi desvinculada do juízo competente para o julgamento de eventual demanda para a discussão da relação jurídica de direito material. Essa mudança decorre claramente da valorização da autonomia do direito à prova, que, por um lado, confere segurança às partes para a produção da prova. Por outro lado, também foi observado um possível prejuízo de que o juiz da produção antecipada de provas não seja o mesmo da eventual instrução da demanda que poderá discutir a relação jurídica de direito material. No entanto, muito embora tenha se entendido que seria melhor e mais efetivo que houvesse a possibilidade de apreciação da prova pelo mesmo juiz nos casos de identidade de competência territorial, essa foi a escolha legislativa. Assim, é necessário avaliar as consequências advindas dessa realidade para propor eventual mudança.

Diante da relevância dos princípios processuais, observou-se que a vedação apresentada pelo legislador à apresentação de defesa e recurso não está em consonância com esses princípios, motivo pelo qual entendeu-se que é necessário repensar o artigo 382, §4º, do Código de Processo Civil de 2015 para limitar a defesa aos aspectos relacionados ao direito à prova, assim como a possibilidade de recurso das decisões relativas à prova. Isso porque, conforme mencionado ao longo do trabalho, a produção antecipada de provas se destina não à valoração da prova produzida, mas à possibilidade de produzir a prova de forma autônoma. Assim, diversas questões podem decorrer do mérito desse processo.

Nesse contexto, também verificou-se que, considerada a limitação na cognição da produção antecipada de provas, não cabe qualquer manifestação do juiz a respeito da prova produzida, que servirá, em um primeiro momento, preponderantemente a qualquer das partes, razão pela qual, inclusive, foi pontuado que a produção antecipada de provas pode ter natureza dúplice. As partes podem utilizar-se da prova igualmente, além da possibilidade de que não apenas o autor, mas também os interessados requeiram a produção da prova no mesmo procedimento, desde que não haja violação ao princípio da duração razoável.

Ainda no que se refere à atuação do juiz, também a despeito da autonomia do direito à prova e da impossibilidade de que ele interfira no direito material subjacente ao conflito, a sua participação é fundamental para a validação do procedimento da produção antecipada de provas, além da contribuição com a formação da prova.

Os reflexos práticos decorrentes da produção antecipada de provas foram apontados. No que se refere à eventual propositura de uma demanda para a discussão da relação jurídica de direito material, verificou-se a contribuição da realização de uma prova antecipadamente, pois há influência direta na dedução dos pedidos (tópico 4.1).

Por outro lado, analisou-se que a completa desvinculação entre os processos pode gerar a inutilidade da prova produzida antecipadamente, razão pela qual se concluiu que, diante da observância aos princípios processuais, defende-se que a prova deve ser utilizada, para que não haja a inutilidade da prova produzida antecipadamente. A despeito da possibilidade, a sua renovação deve ser vista como exceção (tópico 4.2).

Procurou-se, ainda, analisar situações nas quais a produção antecipada de provas poderia ser utilizada, no intuito de incentivá-la, por conta dos seus potenciais benefícios. Assim, foram destacadas áreas de direito material (por exemplo, direito societário, direito ambiental, direito tributário e direito imobiliário) e situações de direito processual (demanda monitória, constituição de prova para a impetração de mandado de segurança, tutela de evidência, ação rescisória e constituição de prova para provar o cumprimento de obrigação ou de condição no intuito de consubstanciar um processo de execução).

Também foi destacado que produção antecipada de provas e arbitragem é um tema importante nesse cenário. Diante da crescente utilização da jurisdição arbitral para a resolução de conflitos, cogita-se a utilização da produção antecipada de provas nesse contexto. Essa possibilidade, como visto no tópico 4.3.5.1, suscita a dúvida com relação à competência para conhecer da produção antecipada de provas. Nesse ponto, concluiu-se pela importância da produção antecipada, e que a produção antecipada de provas deve ser realizada perante o tribunal arbitral, a despeito dos problemas apontados com relação aos custos e ao tempo. A despeito disso, recomenda-se que as partes celebrem a convenção de arbitragem para assegurar como será a competência na hipótese de necessidade de produção antecipada de provas com a dispensa do requisito da urgência.

Por fim, diante da amplitude da produção antecipada de provas, inclusive com relação aos requisitos que possibilitam o conhecimento da demanda, destacou-se a preocupação com os abusos nesse sentido, como se observa em outros sistemas jurídicos, para que os objetivos do Código de Processo Civil de 2015 não sejam desvirtuados. Nesse sentido, além da cultura dos jurisdicionados, entende-se que caberá a atuação do juiz na identificação dessas situações, inclusive com a aplicação de sanções com o objetivo de evitar abuso do direito de produzir provas antecipadamente.

Assim, concluiu-se que a produção antecipada de provas sem o requisito da urgência é um instrumento efetivo, que congrega uma série de benefícios e espaços de utilização, o que, sem dúvida, contribui com a efetividade do processo.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Zivilprozessordnung**. Disponível em: <<https://dejure.org/gesetze/ZPO/485.html>>. Acesso em: 08 set. 2019.

ALMEIDA, Ursula Ribeiro de. Produção antecipada da prova sem urgência no direito ambiental: risco de dano ao meio ambiente. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**. São Paulo: Ministério Público de São Paulo, 2013, v. 3, p. 135-164.

ALVAREZ ALARCÓN, Arturo. **Las diligencias preliminares en el proceso Civil**. Barcelona: Jose María Bosch Editor, 1997.

ALVES, André Bruni Vieira. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência. **Direito probatório**. Coordenadores: Fredie Didier Jr., Marco Félix Jobim e William Santos Ferreira. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 557-571.

ALVIM, Arruda; GUEDES, Clarissa Diniz. Produção antecipada de prova e juízo arbitral. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, v. 1008, p. 23-40.

AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. Tradução: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ANSANELLI, Vincenzo. Le prove a futura memoria nel diritto italiano. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, v. 227, p. 47-84.

ARGENTINA. **Código Procesal Civil y Comercial de la Nación**. Disponível em: <<https://iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-civilargentina.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2020.

ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ARSUFFI, Arthur Ferrari. **A nova produção antecipada da prova: estratégia, eficiência e organização do processo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil: segunda série**. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

_____. **Temas de direito processual: nona série**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

_____. O Juiz e a prova. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1984, p. 178-184.

_____. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. **Revista brasileira de direito comparado**. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, 2003, n. 23, p. 23-39.

_____; PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, v. 91, p. 203-212.

_____. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, v. 102, p. 228-238.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. Garantia da amplitude de produção probatória. **Garantias constitucionais do processo civil**. Coordenador: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 151-189.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova e verdade no direito**. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BENEZUDI, Renato Resende. Substantiierung, Notice-Pleading e Fact-Pleading: a relação entre escopo das postulações e função da prova nos processos alemão, americano e inglês. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. 245, p. 445-472.

BERIZONCE, Roberto Omar. Procedimientos preliminares y prueba anticipada como instrumentos para la decisión temprana de los conflictos. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Procesal, 2016, n. 44, p. 19-43.

BESSO, Chiara. **La prova prima del processo**. Turim: G. Giappichelli, 2004.

BIAVATI, Paolo. Tendencias recientes de la justicia civil en Europa. **Revista de Derecho Procesal Rubinzal Culzoni**. 2008-I (traducción al español). Mar Del Plata, 2007. Disponível em: <https://www.academia.edu/10303742/Tendencias_recientes_de_la_justicia_civil_en_Europa>. Acesso em: 05 dez. 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 1939**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/De11608.htm>. Acesso em: 02 dez. 2019.

_____. **Código de Processo Civil de 1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020.

_____. **Código de Processo Civil de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 14 jan. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 20 out. 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 14 jan. 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2019**: Relatório Analítico. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 04 dez. 2019.

_____. **Decreto nº 737 de 25 de novembro de 1850**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm>. Acesso em: 11 out. 2019.

_____. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm>. Acesso em: 19 jan. 2020.

_____. **Projeto de Lei do Senado 487/2013**. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4713964&ts=1568234017662&disposition=inline>>. Acesso em: 22 de set. 2019.

_____. **Projeto do Novo Código Comercial 1.572/2011**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C60063938FC8F2EEDFBC9414DCBAB5B3.proposicoesWebExterno1?codteor=888462&filename=PL+1572/2011>. Acesso em: 22 set. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 31.219/SP**. Relator: Ministro Castro Filho. Terceira Turma. Julgado em 23/04/2002. DJ 03/06/2002, p. 200.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg na MC 19.226/MS**. Relator: Ministro Massami Uyeda. Relatora para Acórdão: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 21/06/2012. DJe 29/06/2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 50.492/SP**. Relator: Ministro Antônio Torreão Braz. Quarta Turma. Julgado em 10/04/1995. DJ 15/05/1995, p. 13408.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1774987/SP**. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma. Julgado em 08/11/2018. DJe 13/11/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 401.003/SP**. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma. Julgado em 11/06/2002. DJ 26/08/2002, p. 215.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 78.836/SP**. Relator: Ministro Costa Leite. Terceira Turma. Julgado em 13/02/1996. DJ 20/05/1996, p. 16706.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 513.903/SP**. Relator: Ministro Raul Araújo. Quarta Turma. Julgado em 25/08/2015. DJe 16/09/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 51.618/MG**. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Quarta Turma. Julgado em 20/09/1994. DJ 21/11/1994, p. 31774.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1434074/SP**. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em 13/02/2019. DJe 19/02/2019.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2009249-19.2015.8.26.0000**. Relatora: Lidia Conceição. Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado. Foro de São Carlos - 2ª. Vara Cível. Data do Julgamento: 25/11/2015. Data de Registro: 27/11/2015.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2014276-75.2018.8.26.0000**. Relator: Heraldo de Oliveira. Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado. Foro Central Cível - 9ª Vara Cível. Data do Julgamento: 26/02/2018. Data de Registro: 26/02/2018.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2078972-86.2019.8.26.0000**. Relator: Natan Zelinschi de Arruda. Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado. Foro Central Cível - 18ª Vara Cível. Data do Julgamento: 09/05/2019; Data de Registro: 10/05/2019.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2149237-16.2019.8.26.0000**. Relator: Fortes Barbosa. Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Foro Regional II - Santo Amaro - 7ª Vara Cível. Data do Julgamento: 25/09/2019. Data de Registro: 27/09/2019.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2079749-13.2015.8.26.0000**. Relator: Carlos Alberto Garbi. Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Foro Central Cível - 31ª Vara Cível. Data do Julgamento: 18/05/2015. Data de Registro: 20/05/2015.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2129485-58.2019.8.26.0000**. Relator: Alexandre Lazzarini. Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Foro Central Cível - 3ª Vara Cível. Data do Julgamento: 07/08/2019. Data de Registro: 06/11/2019.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2264254-37.2018.8.26.0000**. Relator: Kleber Leyser de Aquino. Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado. Foro Central Cível - 28ª Vara Cível. Data do Julgamento: 28/03/2019. Data de Registro: 29/04/2019.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2247858-19.2017.8.26.0000**. Relator: Claudio Godoy. Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Foro de Santos - 5ª Vara Cível. Data do Julgamento: 23/04/2018. Data de Registro: 24/04/2018.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2147881-54.2017.8.26.0000**. Relator: Bonilha Filho; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado.

Foro de São José do Rio Preto - 8ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/07/2018. Data de Registro: 27/07/2018.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2225564-02.2019.8.26.0000**. Relator: Antonio Rigolin. Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado. Foro de Limeira - 5ª Vara Cível. Data do Julgamento: 25/07/2017. Data de Registro: 30/10/2019.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 2143731-59.2019.8.26.0000**. Relator: Maurício Campos da Silva Velho. Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado. Foro Regional II - Santo Amaro - 12ª Vara Cível. Data do Julgamento: 05/11/2019. Data de Registro: 05/11/2019.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento 3001295-31.2017.8.26.0000**. Relator: Rebouças de Carvalho. Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público. Foro de Paraibuna - Vara Única. Data do Julgamento: 06/12/2017. Data de Registro: 07/12/2017.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1093560-14.2016.8.26.0100**. Relator: Fortes Barbosa; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Foro Central Cível - 16ª Vara Cível. Data do Julgamento: 20/04/2017. Data de Registro: 20/04/2017.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1004433-50.2016.8.26.0299**. Relator (a): Tasso Duarte de Melo. Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado. Foro de Jandira - 2ª Vara. Data do Julgamento: 21/03/2018. Data de Registro: 23/03/2018.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1031996-97.2016.8.26.0564**. Relator (a): Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho. Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado. Foro de São Bernardo do Campo - 9ª Vara Cível. Data do Julgamento: 11/12/2019. Data de Registro: 12/12/2019.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1002526-55.2018.8.26.0045**. Relator: Kleber Leyser de Aquino. Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado. Foro de Arujá - 2ª Vara. Data do Julgamento: 03/12/2019. Data de Registro: 03/12/2019.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1008538-88.2016.8.26.0196**. Relator: Hugo Crepaldi. Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro de Franca - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/11/2016; Data de Registro: 01/12/2016.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1001442-78.2017.8.26.0360**. Relator: Flavio Abramovici. Órgão Julgador: 35ª Câmara de Direito Privado. Foro de Mococa - 1ª Vara. Data do Julgamento: 03/12/2018. Data de Registro: 04/12/2018.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1048547-63.2014.8.26.0002**. Relatora: Mary Grün. Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado. Foro Regional II - Santo Amaro - 5ª Vara Cível. Data do Julgamento: 08/08/2018. Data de Registro: 10/08/2018.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1013678-66.2017.8.26.0003**. Relatora: Ana de Lourdes Coutinho Silva da Fonseca. Órgão Julgador: 13ª Câmara de

Direito Privado. Foro Regional III – Jabaquara - 6ª Vara Cível. Data do Julgamento: 05/11/2017. Data de Registro: 06/11/2017.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1045118-46.2018.8.26.0100**. Relator: Hélio Nogueira. Órgão Julgador: 22ª Câmara de Direito Privado. Foro Central Cível - 44ª Vara Cível. Data do Julgamento: 05/07/2019. Data de Registro: 05/07/2019.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação 1005934-91.2015.8.26.0002**. Relator: Felipe Ferreira. Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado. Foro Regional II - Santo Amaro - 1ª Vara Cível. Data do Julgamento: 08/03/2018. Data de Registro: 20/03/2018.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1003223-89.2019.8.26.0482**. Relator: Francisco Giaquinto. Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado. Foro de Presidente Prudente - 1ª Vara Cível. Data do Julgamento: 02/12/2019. Data de Registro: 02/12/2019.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1011381-62.2017.8.26.0011**. Relator: Hamid Bdine. Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Foro Regional XI - Pinheiros - 4ª Vara Cível. Data do Julgamento: 25/07/2018. Data de Registro: 27/07/2018.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1007157-67.2017.8.26.0048**. Relator: José Augusto Genofre Martins. Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado. Foro de Atibaia - 2ª Vara Cível. Data do Julgamento: 22/11/2019. Data de Registro: 22/11/2019.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Conflito de competência cível 0025183-80.2017.8.26.0000**. Relator: Renato Genzani Filho. Órgão Julgador: Câmara Especial. Foro de Taubaté - 5ª Vara Cível. Data do Julgamento: 07/08/2017. Data de Registro: 08/08/2017.

BRAUN, Tiele Espanhol. **Ação civil**: atividades preparatórias e análise crítica das diligências preliminares à luz da *Ley de Enjuiciamiento Civil* Espanhola. Curitiba: Juruá, 2019.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Fundamentos da prova civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. Aspectos polêmicos da produção antecipada de provas. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, v. 91, p. 320-337.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil**: v. 5. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

BUZUID, Alfredo. **Estudos e pareceres de direito processual civil**: notas de adaptação ao Direito vigente de Ada Pellegrini Grinover e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, v. 126, p. 59-81.

_____. Per un nuovo concetto di giurisdizione. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. Belo Horizonte: Editora PUC MINAS, 2015, v. 18, n. 35. Disponível em:

<<http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2015v18n35p107>>. Acesso em: 22 dez. 2019.

CABRELLES, Luis-Ramón Llorente. **Las diligencias preliminares en el proceso civil**. 2014. 482 f. Tese (Doutorado) – Universidade de Valência, Espanha.

CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. **Droit Judiciaire Privé**. 9. ed. Paris: LexisNexis, 2016.

CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix. A produção antecipada de prova e o novo CPC. **Direito Probatório**. Coordenadores: Fredie Didier Jr., Marco Félix Jobim e William Santos Ferreira. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 541-556.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. O direito à duração razoável do processo. Entre eficiência e garantias. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, v. 223, p. 39-53.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. **Regulamento de Arbitragem e Mediação**. Disponível em: <<http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2012/05/ICC-865-1-POR-Arbitragem-Mediacao.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____; DOTTI, Rogéria; PINHEIRO, Paulo Eduardo d’Arce; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Curso de processo civil completo**. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2019.

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

_____; PITTA, Rafael Gomiero. Discovery no processo civil norte-americano e efetividade da justiça brasileira. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. 245, p. 425-444.

CAPILLA CASCO, Agustín. Diligencias Preliminares y Medidas de Anticipación y Aseguramiento de Prueba **Actualidad Jurídica** (Úria & Menéndez), 2005, n. 12.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. **La prova civile**. Roma: Edizioni dell’Ateneo, 1947.

_____. **Sistema di diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1936.

CHILE. **Código de Procedimiento Civil del Chile**. Disponível em: <<https://iberred.org/sites/default/files/cdigo-procesal-civilchile.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2019.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**: a relação processual ordinária de cognição. As relações processuais. 2. ed. Tradução: J. Guimarães Menegale. São Paulo: Editora Saraiva, 1965.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

COLLEY, John W.; LUBET, Steven. **Advocacia de arbitragem**. Tradução: René Loncan. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e “giusto processo” (modelli a confronto). **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, v. 90, p. 95-150.

COOTER, Robert; THOMAS, Ulen. **Direito & economia**. Tradução: Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DE PALO, Giuseppe; TREVOR, Mary B. **EU mediation law and practice**. OUP Oxford, 2012.

DEMARCHI, Juliana. Ações dúplices, pedido contraposto e reconvenção. **Leituras complementares de processo civil**. Coordenador: Fredie Didier Jr. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p. 359-370.

DESPRÉS, Isabelle. **Les mesures d’instruction in futurum**. Paris: Dalloz, 2004.

DIDIER JR., Fredie. Produção antecipada da prova. **Direito probatório**. Coordenadores: Fredie Didier Jr., Marco Félix Jobim e William Santos Ferreira. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 585-597.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. 198, p. 213-226.

_____; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, v. 218, p. 13-45.

_____. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, v. 127, p. 75-79.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. **Instituições de direito processual civil**: volume I. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

_____. **Instituições de direito processual civil**: volume III. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPAÑA. **Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>>. Acesso em: 5 mai. 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Rules of Civil Procedure**. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/rules/frcp>>. Acesso em: 1º maio 2018.

_____. Supreme Court of Delaware. **Smith v. Van Gorkom**. 488 A.2d 858, 1985. Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/delaware/supreme-court/1985/488-a-2d-858-4.html>>. Acesso em: 10 out. 2019.

_____. U.S. Supreme Court. **Hickman vs. Taylor**, 329 U.S. 495 (1947). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/329/495/>>. Acesso em: 28 jul. 2019.

FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. Breves reflexões sobre a produção antecipada da prova no NCPC. **Novo CPC doutrina selecionada**, v. 3: provas. Coordenador geral: Fredie Didier Jr. Organizadores: Lucas Buriel de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 629-646.

FAHEY, Elizabeth; TAO, Zhirong. The Pretrial Discovery Process in Civil Cases: A Comparison of Evidence Discovery between China and the United States. **Boston College International and Comparative Law Review**, 37 B.C. Int'l & Comp. L. Rev. 281 (2014). Disponível em: <<https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1722&context=iclr>>. Acesso em: 04 jan. 2020.

FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FRANÇA. **Code De Procédure Civile**: version consolidée au 1 janvier 2020. Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>>. Acesso em: 14 jan. 2020.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **As condições da ação no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GOLDSCHMIDT, James. **Derecho procesal civil**. Tradução: Leonardo Pietro Castro. Barcelona: Labor, 1936.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1982, v. 77, p. 177-183. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66950>>. Acesso em: 23 jun. 2017.

GRECO, Leonardo. **Jurisdição voluntária moderna**. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. O conceito de prova. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2003, ano IV, p. 213-269.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. **Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

_____; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Novas tendências em tema de provas ilícitas. **Direito processual constitucional**. Coordenadores: José Carlos Baptista Puoli, Marcelo José Magalhães Bonizzi e Ricardo de Barros Leonel. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1-24.

GUIMARÃES, Filipe. Medidas probatórias autônomas: panorama atual, experiência estrangeira e as novas possibilidades no direito brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, v. 178, p. 123-152.

HAZARD JR., Geoffrey C. **Discovery and the role of the judge in civil law jurisdictions**. Faculty Scholarship Series, 1998. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3332&context=fss_papers>. Acesso em: 05 dez. 2019.

_____; JAMES JR., Fleming; LEUBSDORFF, John. **Civil procedure**. 5. ed. New York: Foundation Press, 2001.

HOPWOOD, William; PACINI, Carl; YOUNG, George. Fighting Discovery Abuse in Litigation. **Journal of Forensic & Investigative Accounting**. 2014, v. 6, Issue 2.

HORY, Alexandre. Mesures d'instruction in futurum et arbitrage. **Revue de l'Arbitrage**, 1996, n. 2, p. 191-222.

INGLATERRA. **The Civil Procedure Rules 1998**. Disponível em: <<https://www.legislation.gov.uk/ukxi/1998/3132/contents/made>>. Acesso em: 1º maio 2018.

ITÁLIA. **Codice di Procedura Civile**. Disponível em: <<https://www.altalex.com/documents/news/2014/12/10/dei-procedimenti-speciali-dei-procedimenti-sommari>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

KNIJNIK, Danilo. **O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

LAUX, Francisco de Mesquita. Relações entre a antecipação da prova sem o requisito da urgência e a construção de soluções autocompositivas. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. 242, p. 457-481.

LOPES, João Batista. **A prova no direito processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. **Garantias constitucionais do processo civil**. Coordenador: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 91-131.

MAGALHÃES, José Carlos. A arbitragem como forma de atuação da sociedade civil. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, v. 9, p. 165-172.

MARINONI, Luiz Guilherme. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. **Garantias constitucionais do processo civil**. Coordenador: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 210, p. 207-233.

_____. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo cautelar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARCATO, Antônio Carlos. **Procedimentos especiais**. São Paulo: Atlas, 2004.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental no Novo Processo Civil brasileiro. **Revista do Advogado**: o novo Código de Processo Civil. São Paulo: AASP, 2015, n. 126, p. 48-52.

MORAES, Rodrigo Jorge. **A ação de produção antecipada de provas no processo individual e no processo coletivo como instrumento de tutela do meio ambiente**. 2018. 262 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

NARDO, Giulio Nicola. **Contributo allo studio della istruzione preventiva**. Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

_____. **La nuova funzione conciliativa dell'accertamento tecnico preventivo alla luce della recente legge n. 80/2005**). Disponível em: <<https://www.yumpu.com/it/document/view/14962516/giulio-nicola-nardo-la-nuova-funzione-conciliativa-dell->>. Acesso em: 28 jun. 2019.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Teoria geral dos recursos**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____; _____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

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

_____. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

NICHOLLS, Jennifer. A Proportional Response: Amending the Oregon Rules of Civil Procedure to Minimize Abuse Discovery Practices. **Oregon Law Review**. Eugene: University of Oregon, 2010, v. 89, p. 1445-1474.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do contraditório. **Garantias constitucionais do processo civil**. Coordenador: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 132-150.

PACÍFICO, Luiz Eduardo Boaventura. **O ônus da prova no direito processual civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PEREZ, Adriana Hahz. Métodos alternativos de solução de conflitos - ADR: The New German Mediation Law. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. 243, p. 2. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.243.23.PDF>. Acesso em: 04 dez. 2019.

PEROBA, Luiz Roberto; MASCITTO, Andréa; BETONI, Marco Aurélio Louzinha. A ação de produção antecipada de provas no direito tributário. **Revista de Direito Tributário Contemporâneo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 65-78.

PERU. **Código Procesal Civil Perú**. Disponível em: <<https://iberred.org/pt/node/195>>. Acesso em: 24 out. 2019.

PINHEIRO, Aline. **Corte europeia tenta acabar com lentidão judicial**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-dez-01/corte-europeia-tenta-obrigar-paises-resolver-lentidao-judicial>>. Acesso em: 25 mar. 2019.

PINTO, Néelson Luiz. Exame de livros e documentos comerciais – requerimento de produção antecipada de prova – medida inadequada – hipótese de exibição de documento – inteligência dos arts. 844, III, do CPC, 17, 18, 19 e 290 do Código Comercial. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, v. 62, p. 260-262.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**, tomo XII: arts. 796-889. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1976.

PORTUGAL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=&nid=1959&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo>. Acesso em: 30 dez. 2019.

PUOLI, José Carlos Baptista. **Os poderes do Juiz e as Reformas do Processo Civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. O devido processo legal e a oralidade, em sentido amplo, como um de seus corolários no processo civil. **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. Organizadores: Camilo Zufelato e Flávio Luiz Yarshell. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 514-536.

_____. Processo e Constituição: alcance amplo, mas não ilimitado, dos princípios constitucionais do processo. **Direito processual constitucional**. Coordenadores: José Carlos Baptista Puoli, Marcelo José Magalhães Bonizzi e Ricardo de Barros Leonel. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 115-126.

RAGLAND JR., George. **Discovery before Trial**. Chicago: Callaghan and Company, 1932.

RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento de produção “antecipada” de provas sem requisito de urgência no novo CPC: a teoria dos jogos e a impossibilidade de acordos sem calculabilidade de riscos. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, v. 263, p. 313-332.

RESTIFFE, Paulo Sérgio. **Dissolução de Sociedades**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

ROCHA, José de Moura. Produção antecipada de provas. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, v. 20, p. 56-65.

ROSENBERG, Leo. **La carga de la prueba**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial B de F, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e no comercial**. São Paulo: Max Limonad, 1952.

SILVA, Gilberto Domingues da. Reflexões em torno da produção antecipada de prova. **Revista Jurídica do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, 1983, v. 98, p. 85-90.

SILVA, Ovídio A. Batista da. **As ações cautelares e o novo processo civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974.

_____. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

SUCUNZA, Matías A.; VERBIC, Francisco. Prueba anticipada en el nuevo Código Procesal Civil: un instituto relevante para la composición eficiente, informada y justa de los conflictos. **Direito Probatório**. Coordenadores: Fredie Didier Jr., Marco Félix Jobim e William Santos Ferreira. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 599-620.

TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, v. 260, p. 75-101.

_____. Ação monitória e cheque prescrito: relação subjacente, prova escrita e causa de pedir. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, v. 228, p. 151-161.

_____. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 110, 2003, p. 141-158.

_____. **La prueba de los hechos**. Tradução: Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

_____. **A prova**. Tradução: João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. **La prueba, artículos y conferencias**. Santiago: Editorial Metropolitana, 2008.

_____. Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el processo civil. **Páginas sobre justicia civil**. Madrid: Marcial Pons, 2009.

_____. Il diritto alla prova nel processo civile. **Rivista di diritto processuale**, 1984.

_____; MICHELE, Gian Antonio. A prova. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, v. 16, p. 155-168.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Jurisdição Voluntária**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

THAMAY, Rennan Faria Krüger; RODRIGUES, Rafael Ribeiro. Primeiras impressões sobre o direito probatório no CPC/2015. In: **Novo CPC doutrina selecionada**, v. 3: provas. Coordenador geral: Fredie Didier Jr. Organizadores: Lucas Buril de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 231-249.

THEODORO JÚNIOR, **Curso de Direito Processual Civil**: volume I. 58. ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2017.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**: volume II. 49. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

_____. **Processo cautelar**. 22. ed. São Paulo: Editora Leud, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantia do processo sem dilações indevidas. **Garantias constitucionais do processo civil**. Coordenador: José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 234-262.

_____. **Tempo e Processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

VALENTE, Natasha Rocha; BORGES, Felipe Garcia Lisboa. Conteúdo e limites aos poderes instrutórios do juiz no processo civil contemporâneo. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, v. 243, p. 109-132.

VERGÈS, Étienne; VIAL, Géraldine; LECLERC, Olivier. **Droit de la preuve**. Paris: Thémis droit, 2015.

VIEIRA, Christian Garcia. **Asseguração de prova**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

WALD, Arnold. A arbitragem contratual e os *dispute boards*. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, v. 6, p. 9-24.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Perfil, 2005.

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

_____. **Ação rescisória: juízos rescindente e rescisório**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. Brevíssimas notas a respeito da produção antecipada da prova na arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v. 14, p. 52-56.

_____. O Projeto de Novo Código Comercial e a proposta de permuta de documentos entre as partes: “discovery” brasileira? **Processo societário**. Coordenadores: Flávio Luiz Yarshell e Guilherme Setoguti J. Pereira. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2012, p. 203-210.

_____. Da Produção Antecipada da Prova. **Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil**. Coordenadores: Teresa Arruda Alvim Wambier, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini e Bruno Dantas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.026-1.044.

_____; MEJIAS, Lucas Britto. Tutelas de urgência e produção antecipada da prova à luz da Lei n. 13.129/2015. **Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129, de 26-5-2015**. Organizadores: Francisco José Cahali, Thiago Rodovalho e Alexandre Freire. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 237-247.

ZAKIA, José Victor Palazzi; VISCONTI, Gabriel Caetano. Produção antecipada de provas em arbitragem e jurisdição. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, v. 59, p. 195-211.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. **Revista de Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, v. 116, p. 334-371.

ZORZOLI, Oscar A. Teoría general del proceso. Naturaleza procesal de las pruebas anticipadas. Perú. **Revista de la Maestría en Derecho Procesal**. Lima: Pontificia Universidad Católica do Perú, 2009, v. 3, n. 1.