PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Anticipated production of evidence in Civil Procedure Law of 2015
Revista de Processo | vol. 260/2016 | p. 75 - 101 | Out / 2016
DTR\2016\23994

Eduardo Talamini
Livre-docente em direito processual civil pela USP. Doutor e Mestre em direito processual pela USP. Professor de processo civil, processo constitucional e arbitragem na UFPR. Advogado. talamini@justen.com.br

Área do Direito: Processual

Resumo: O texto aborda a produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015, sob o viés do direito autônomo à prova, examinando, ainda, as suas possíveis funções, a sua aplicabilidade aos diferentes meios de prova e outros aspectos igualmente relevantes.

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

Abstract: The text addresses the anticipated production of evidence in the Brazilian Civil Procedure Law of 2015, under the bias of autonomous right to evidence, examining, also, its possible functions, its applicability to different means of proof and other equally relevant aspects.

Keywords: Anticipated production of proof - Autonomous right to evidence - Brazilian Civil Procedure Law of 2015.

Sumário:
1 Introdução - 2 Natureza jurídica - 3 Função (âmbito de incidência) - 4 O empréstimo da prova produzida antecipadamente - 5 Prova antecipada e processo arbitral - 6 Prova antecipada e processo administrativo - 7 Aplicabilidade a todos os meios de prova - 8 Competência - 9 Legitimidade - 10 Intervenção de terceiros - 11 A demanda de produção antecipada de prova - 12 Possibilidade de antecipação liminar da prova - 13 O contraditório na produção antecipada - 14 As regras do procedimento probatório - 15 A decisão final: efeitos, recorribilidade e estabilidade - 16 O destino dos autos e o emprego da prova depois do fim do processo - 17 Ausência de ônus de propositura de demanda principal - 18 Referências

1 Introdução

As[1] provas constituem elemento instrumental na disputa processual relativa a um litígio. Produzir provas não é a razão de ser do processo. Nem mesmo "descobrir a verdade" o é.

O processo destina-se a solucionar o conflito (ou a aperfeiçoar um ato, na jurisdição voluntária), mediante a definição das normas jurídicas incidentes no caso. A produção probatória, como elemento adequado para a reconstrução dos fatos pretéritos (passo imprescindível para se definir quais normas incidiram no caso), é uma importante etapa no exercício da função jurisdicional, mas é um meio, e não fim. Isso está bastante ligado à ideia de que a atividade jurisdicional não se destina à mera eliminação de dúvidas hipotéticas, de questões acadêmicas ou de simples fatos.

No entanto, em determinadas oportunidades, a prova assume o papel principal. Sua relevância para o processo, somada à necessidade de que uma definição a respeito dela vincule as partes e, em alguma medida, se torne definitiva e imutável, justificam que, uma vez observados determinados pressupostos, a prova se torne o próprio objeto de um processo jurisdicional. Em outros termos: o ordenamento reconhece que um conflito pode estabelecer-se em torno da própria prova – e reputa importante resolvê-lo em caráter principal, e não como simples providência incidental no bojo do processo para o qual essa prova possa ser útil.

Nesses casos, tem-se aquilo que poderíamos denominar "ações probatórias". A admissibilidade de tais ações não é fenômeno moderno. De há muito, os ordenamentos processuais têm reconhecido, em certas hipóteses, a possibilidade de processos cujo objeto seja a imposição de produção ou a veracidade da prova. São esses, ainda no direito atual, os escopos das ações probatórias.

Mas, modernamente, a disciplina legal, o estudo e a aplicação concreta das ações probatórias são enriquecidos pela constatação – essa sim, bem mais recente – da existência de um direito autônomo à prova.[2] Supera-se a noção de que as provas têm por destinatário único o juiz, não dizendo respeito às partes. Reconhece-se que as partes têm, em relação às provas, não apenas uma faculdade estritamente instrumental e interna ao processo, atinente ao exercício da ação e da defesa. Mais do que isso, as partes têm direito à produção ou à aferição da veracidade da prova, antes e independentemente do processo, por uma série de razões: avaliar suas chances efetivas numa futura e eventual disputa litigiosa, estimar os custos de tal disputa, verificar as possibilidades e termos de um possível acordo com o adversário – e assim por diante. Como se vê, esses objetivos guardam relação instrumental com uma possível disputa litigiosa, em que aquela prova poderia vir a ser usada. Mas essa disputa litigiosa não é apenas futura, e sim também eventual. Pode vir a não existir. Mais do que isso, o resultado da ação probatória pode ser decisivo para que ela não ocorra. Evidencia-se assim que a prova, ainda que não perdendo seu caráter de instrumentalidade, não se destina apenas à demonstração de fatos dentro de um específico processo. Tem um papel que vai muito além disso, ao fornecer previamente balizas para as partes, como acima destacado.

O ordenamento processual civil brasileiro contempla basicamente três ações probatórias: a produção antecipada de prova, a exibição de documento e a arguição de falsidade.

Os arts. 381 e ss. disciplinam a produção antecipada de provas como medida autônoma. Suas hipóteses de cabimento indicam ser futuro, e até eventual, o processo em que se porá a pretensão ou defesa para a qual a prova é relevante (v. n.3, adiante).

2 Natureza jurídica

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.[3] -[4] 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 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.[5]

A produção antecipada é medida com procedimento sumário (a ponto de excluir contestação e recursos) e cognição sumária horizontal (o juiz averigua superficialmente o pressuposto para antecipar a prova) e vertical (o juiz não se pronuncia sobre o mérito da pretensão ou defesa para a qual a prova poderá futuramente servir).

3 Função (âmbito de incidência)

Como afirmado, a ação em exame presta-se a proteger o direito processual à prova, em casos em que se põe interesse jurídico para que tal direito seja exercido autonomamente – i.e., não dentro do processo em que se põe a pretensão ou defesa para a qual a prova é relevante.

3.1 Desnecessidade de emprego incidental

Portanto, a ação de produção antecipada é utilizável apenas quando não houver processo em curso, no qual se vá usar a prova. Se tal processo já estiver em curso, e houver a necessidade da antecipação de uma prova (i.e., sua produção antes da fase instrutória), aplica-se o art. 139, VI, do CPC/2015 (LGL\2015\1656), que confere ao juiz o poder de alterar a ordem de produção dos meios de prova.

3.2 Inaplicabilidade aos casos de direito material à informação ou de acesso a documento ou coisa

Por outro lado, as regras em análise não se aplicam às hipóteses em que há um direito material de acesso a (ou ciência de) documento, coisa ou informação (exemplos: CF (LGL\1988\3), art. 5.º, XXXIII, XXXIV, *b*, e LXXII, *a*; CC, art. 1.021; Lei 6.404/1976, art. 105 etc.). Esses casos são protegidos ou por mecanismos específicos (exemplo: *habeas datas* – CF (LGL\1988\3), art. 5.º, LXXII) ou pelas vias gerais de tutela (inclusive tutela provisória – inclusive em caráter antecedente).

3.3 As hipóteses de tutela autônoma da prova

Embora o direito à prova assuma relevância autônoma, sua proteção em processo próprio e específico justifica-se sempre sob a perspectiva de uma possível pretensão (ou defesa) relativa a outro direito. Promove-se a medida de antecipação da prova: (I) por razões urgentes, para ser usada em uma possível subsequente ação de qualquer natureza (referente a outra pretensão); ou (II) para auxiliar na solução extrajudicial de um conflito (referente a outra pretensão); ou (III) para permitir a avaliação das possibilidades de

promover-se uma ação (referente a outra pretensão). Essa pretensão pode ser futura e meramente eventual, mas é indispensável sua indicação para que se ponha a proteção autônoma do direito à prova.

3.4 Possível caráter cautelar

Assim, a produção antecipada pode assumir papel de tutela urgente (cautelar), pois, entre outras hipóteses, cabe seu emprego quando houver a perspectiva da impossibilidade ou excessiva dificuldade de sua produção em futuro processo (art. 381, I). A asseguração da prova é classicamente apontada como uma das modalidades de tutela cautelar.[6]

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 dificultação 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 da experiência.

3.5 Possível caráter não cautelar

De resto, existem também finalidades alheias à urgência (o que já era aceito por doutrina e jurisprudência).[7] No Código de Processo Civil de 2015, consagra-se expressamente o emprego da produção antecipada em situações não cautelares.[8]

Ao lado da função urgente, são desde logo explicitadas na lei duas outras finalidades para a prova antecipada: (a) como elemento facilitador da solução extrajudicial de um litígio (art. 381, II) e (b) como subsídio para a definição da viabilidade de uma possível ação (art. 381, III). 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. Há fungibilidade entre os fundamentos da produção antecipada.

3.6 O arrolamento de bens para fins essencialmente comprobatórios

A ação de produção antecipada pode ainda servir para inventariar e documentar uma universalidade de bens (CC, arts. 90 e 91 – exemplo, uma biblioteca, um rebanho de gado, um espólio...).

O arrolamento de bens era tratado no Código de Processo Civil de 1973 como medida cautelar típica (CPC/1973 (LGL\1973\5), art. 855 e ss.). Tinha duas funções claramente distintas: (i) documentar, inventariar uma universalidade de bens; (ii) eventualmente afetar, apreender essa universalidade para fins conservativos. No Código de Processo Civil de 2015 desaparece tal ação cautelar nominada. Caso se pretenda apenas a primeira dessas duas finalidades, deve-se empregar a produção antecipada de provas (CPC/2015 (LGL\2015\1656), art. 381, § 1.º).

Já quando o que se pretende é mais do que identificação e documentação dos bens, buscando-se também de algum modo apreendê-los ou limitar sua disponibilidade, deve-se empregar a via geral da tutela provisória cautelar (art. 301).

3.7 A justificação

Entre as funções não urgentes da produção antecipada, inclui-se também a providência que tradicionalmente se denomina de "justificação". No Código de Processo Civil de 1973 a justificação também era formalmente disciplinada como uma medida cautelar típica (CPC/1973 (LGL\1973\5), art. 861 e ss.). O diploma atual determina que tal providência ora se faça pela via da produção antecipada de prova (CPC/2015 (LGL\2015\1656), art. 381, § 5.º).

A justificação tem por objeto um "fato ou relação jurídica", para servir depois como "documento" para fins não litigiosos ou como "prova" em juízo. Ela não se concentra apenas na produção de uma prova, em si, mas na reunião de um conjunto probatório que permita justificar dada posição jurídica, conferindo-lhe plausibilidade. A qualificação jurídica dos fatos não será feita dentro do processo em que se faz a justificação, pois, nele, o juiz nem sequer avalia a prova e muito menos emite juízos jurídicos. No entanto, toda a instrução probatória é desenvolvida tendo em vista essa determinada qualificação jurídica que se pretenderá sustentar depois – e que já é, de antemão, anunciada.[9]

Tanto quanto nos demais casos de produção antecipada, a justificação tem natureza contenciosa, quando realizada nas hipóteses dos incisos do art. 381 ou em outras situações a essas equiparáveis. Já quando se procede à justificação para fins estritamente comprobatórios não litigiosos, tem-se medida de jurisdição voluntária. Tome-se como exemplo a justificação para a comprovação da morte de alguém que estava no local de uma catástrofe, para posterior lavratura de assento de óbito. A medida, em tal caso, é de simples documentação para fins registrais.

3.8 Caráter não exaustivo do elenco de hipóteses

Além disso, o elenco do art. 381 não exaure as hipóteses em que se põe autonomamente o direito à prova. É apenas exemplificativo.[10] Justifica-se a produção antecipada da prova sempre que seu requerente demonstrar possuir interesse jurídico para tanto, ainda que em hipóteses não arroladas no art. 381. Os mesmos fundamentos que justificavam a extensão do emprego da produção antecipada a situações não urgentes, no Código de 1973, justificam agora sua utilização em hipóteses que não se enquadram no rol legalmente estipulado: reconhecimento do direito autônomo à prova; garantia da universalidade da tutela jurisdicional; economia processual – e assim por diante.

Exemplos nesse sentido são apresentados no item seguinte e também nos n. 5 e 6, adiante.

3.9 Pré-constituição da prova

Considere-se hipótese alheia ao elenco explicitado no art. 381: o requerente pode pretender produzir antecipadamente a prova para pré-constituí-la, e assim poder usá-la em futuro processo que, por razões procedimentais, só admita prova escrita. É o que se dá no mandado de segurança ou na fase inicial da ação monitória. Na mesma linha, a produção antecipada também pode servir para pré-constituir prova a ser utilizada como fundamento para a obtenção de tutela de evidência (nas hipóteses do art. 311, II e IV, do CPC/2015 (LGL\2015\1656)).

Em todas essas vias processuais, a exigência de prova documental não se deve a uma preferência axiológica, valorativa, no sentido de ela ser considerada mais idônea, confiável

do que outros meios probatórios. Nesses casos, o legislador limita a prova à forma documental por simples razões estruturais, de sumariedade procedimental. Logo, provas de outra espécie (orais, periciais...) podem ser pré-constituídas e assim servir como "prova escrita" nessas hipóteses. A medida de produção antecipada de prova presta-se também a tal fim.

A situação é diferente, por exemplo, no art. 55, § 3.º, da Lei 8.213/1991 – hipótese em que a pré-constituição da prova oral não é suficiente para torná-la admissível como início de prova escrita para comprovação de tempo de serviço para fins de aposentadoria. Em casos como esse, a preferência pela prova escrita funda-se em uma concepção de que ela seria mais idônea – e, assim, "tarifa-se" legalmente a prova, excluindo-se outros meios probatórios, se não houver também alguma prova documental. Essa restrição probatória é no mínimo discutível em face dos princípios constitucionais da separação de poderes (o legislador assume uma tarefa que deveria caber ao juiz, no caso concreto) e do acesso à justiça (a parte pode ficar impedida de demonstrar sua razão, por força da limitação probatória). Mas não foi até aqui censurada pela jurisprudência, inclusive do STF. Assim, para tais casos, a simples pré-constituição da prova não afetará seu valor originário, que não era o de uma prova documental. [11]

4 O empréstimo da prova produzida antecipadamente

Como dito, nem sempre a prova antecipada será depois utilizada em algum processo. Porém, quando utilizada em processo subsequente, a prova antecipada lá ingressa como prova emprestada (art. 372). Nesse segundo processo, a prova emprestada tem a forma documental, mas é apta a preservar o seu valor originário (de prova pericial, testemunhal etc.). Para que se admita seu empréstimo, a prova precisa ter sido produzida perante autoridade jurisdicional e a parte contra a qual se pretende utilizá-la tem de haver podido participar, em regime contraditório, de sua produção.[12]

Esses aspectos devem ser considerados na aferição do interesse de agir e da legitimidade passiva na medida de produção antecipada de prova. Ou seja, se já se tem em vista utilizar a prova em um futuro processo contra determinada pessoa, essa precisa figurar como ré da produção antecipada, para que possa participar do procedimento probatório – o que viabilizará o futuro empréstimo da prova.

5 Prova antecipada e processo arbitral

Em regra, antes de instaurado o tribunal arbitral, compete ao juiz estatal as medidas urgentes relativas a conflito acobertado por convenção arbitral.[13] Isso se aplica inclusive à produção antecipada de provas fundada em razões de urgência. Ressalvem-se apenas os casos em que as partes convencionaram também o emprego de um procedimento urgente pré-arbitral (i.e., uma arbitragem de urgência) – hipótese em que a produção antecipada da prova poderá eventualmente a ele ser submetida.

No entanto, como visto, nem sempre a produção antecipada de provas constitui tutela de urgência. Nesses outros casos, havendo convenção arbitral, a parte também estaria autorizada a requerer perante o Poder Judiciário a antecipação da prova, em caráter antecedente à arbitragem? Vale dizer, a competência judicial pré-arbitral estende-se a providências preparatórias não urgentes?

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.

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 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.

Seja como for, essas soluções excepcionais apenas se admitem enquanto não houver tribunal arbitral instalado e arbitragem em curso. Uma vez iniciado o processo arbitral, a competência probatória é sempre dos árbitros, cabendo ao Judiciário apenas o apoio coercitivo.

6 Prova antecipada e processo administrativo

Também não se deve descartar a produção judicial da prova para que ela possa subsidiar futuro requerimento ou defesa na esfera administrativa.

A prova produzida exclusivamente em sede administrativa, pela Administração Pública contra o particular, não tem o mesmo valor que a prova produzida em processo jurisdicional.[14] Mas obviamente a recíproca não é verdadeira. Tem eficácia plena na esfera administrativa a prova jurisdicionalmente produzida, sob o pálio de garantias até mais intensas do que as do processo administrativo – a começar pela "*asoggettività*", a condição de não sujeito, de terceiro imparcial, do julgador.

7 Aplicabilidade a todos os meios de prova

Em princípio, todo meio de prova comporta produção antecipada. Os termos dos arts. 381 e ss. são amplos o suficiente para assegurar essa conclusão – em contraste com o Código de Processo Civil de 1973, que fazia referência expressa apenas à antecipação de prova oral ou pericial (ainda que se acabasse por admiti-la também para outros meios de prova).

7.1 Inspeção judicial

A inspeção judicial é providência instrutória que se presta a assegurar a imediação – fazendo com que o juiz que vai decidir tenha contato direto com locais ou objetos relevantes para os fatos da causa (art. 481 e ss.). Mas isso não obsta sua antecipação. Apenas, se a inspeção antecipada for usada em processo futuro, conduzido por outro juiz,

ela não terá como manter, necessária e absolutamente, o seu valor originário (o que, de todo modo, acontece sempre que o juiz que inspeciona não vem a ser o mesmo que sentencia...).[15]

7.2 Depoimento pessoal

O depoimento pessoal da parte também pode ser antecipado.

Há quem diga que se teria antecipadamente apenas o "interrogatório livre" da parte, que em tese não pode conduzir à confissão (CPC/2015 (LGL\2015\1656), art. 139, VIII), pois, na produção antecipada, as partes ainda não externam suas pretensões e defesas com os respectivos substratos fáticos, relativamente aos quais pode dar-se a confissão.[16] Entretanto, a confissão é meio de prova, e não ato de disposição de vontade. Pode dar-se inclusive extrajudicialmente. Então, uma afirmação fática feita pela parte ao depor antecipadamente poderá ser valorada como confissão em processo futuro – desde que veicule a admissão de fato contrário a seu interesse nesse segundo processo.

O que não há, na própria medida de produção antecipada, é confissão ficta – seja porque ali o juiz não valora a prova, seja porque ainda não estão postas as pretensões e defesas sobre cujo substrato fático a confissão incidiria. A parte que não comparece para depor ou que se recusa a responder, na produção antecipada, não incide desde logo em confissão ficta, mas caberá ao juiz do futuro processo avaliar essa anterior conduta omissiva ou renitente da parte, considerando-a como meio atípico de prova.[17]

Até mesmo o depoimento pessoal da parte autora pode ser antecipado. Afinal, a parte tem o direito de ser ouvida, em interrogatório livre, pelo juiz, que dará a tal prova o valor que ela possa merecer. Pode justificar-se, portanto, a antecipação dessa prova (notadamente por razões de urgência – exemplo: o autor tem doença grave e pode não sobreviver até o ajuizamento da demanda principal).

7.3 Prova testemunhal

Na antecipação de depoimentos testemunhais, assume especial relevância a diretriz segundo a qual não cabe, nesse processo, a valoração da prova. O juiz deve abster-se de qualquer juízo de (in)admissibilidade que exija a consideração contextualizada dessa prova em relação à futura e eventual demanda em que ela será utilizada. Por exemplo, não cabe o indeferimento da ouvida antecipada de uma testemunha sob o fundamento de que ela tem interesse na futura e eventual ação que tal prova seria utilizada (v. n. 14, adiante).[18]

Pela mesma razão, há quem negue a possibilidade de se acarearem testemunhas na produção antecipada, pois a acareação pressuporia avaliação do depoimento.[19] Mas o interesse na produção antecipada da prova pode residir, precisamente, na necessidade de se confrontarem testemunhas que apresentam versões antagônicas – seja porque depois essa acareação pode ser impossível (por exemplo, uma das testemunhas poderá estar impossibilitada de depor no futuro), seja porque o requerente precisa de panorama probatório mais completo e preciso possível para avaliar suas chances em futura demanda e (ou) as vantagens em uma composição com o adversário. Como se destaca adiante (n. 14), em casos como esse, o juiz deve privilegiar o princípio da ampla admissibilidade da produção da prova, em detrimento da diretriz de que não deve avançar na valoração probatória.

7.4 Prova pericial

Qualquer modalidade pericial pode também ser antecipada. No Código de Processo Civil de 1973, pôs-se em dúvida o cabimento da antecipação de avaliação (verificação do valor de um bem) e de arbitramento (identificação do valor de uma indenização ou obrigação), argumentando-se que a simples estimativa econômica de valor não estaria sujeita a risco de dano: bastaria examinar-se ou vistoriar-se o bem, reservando-se a definição do valor, atualizado, para o processo principal.[20] O cabimento da produção antecipada em casos alheios à urgência – agora explicitado no Código de Processo Civil de 2015 – já bastaria para descartar essa concepção. De resto, a antecipação de avaliação ou arbitramento pode justificar-se mesmo para fins acautelatórios (por exemplo, um sócio excluído tem o direito a haveres que tomem em conta a situação da sociedade na data da exclusão: uma avaliação contemporânea a tal fato será muito mais precisa do que a feita em caráter retrospectivo, vários anos depois, quando muitos fatores relevantes para estimativa econômica já terão desaparecido: a avaliação retroativa tende a ser falha e artificial).

7.5 Exibição de documento

Em relação à exibição de documento, diferentemente do Código de Processo Civil de 1973 (arts. 844-845), o Código de Processo Civil de 2015 não prevê medida típica em caráter preparatório. Estabelece apenas procedimento específico para a exibição de documento ou coisa, em poder da parte adversária ou de terceiro, já no curso do próprio processo principal (CPC/2015 (LGL\2015\1656), arts. 396 e ss.).

Assim, quando houver interesse jurídico na exibição prévia de documentos, por razões de urgência ou não, caberá o emprego da medida de produção antecipada.

8 Competência

O Código de Processo Civil de 2015 inova quanto à competência para a produção antecipada. Deixa de vinculá-la à competência da futura e incerta ação principal – em coerência com a maior autonomia conferida à tutela do direito à prova.

8.1 Competência territorial

Sob o aspecto territorial, toma-se em conta o local em que a prova deve ser produzida – privilegiando-se a eficiência na sua produção. Alternativamente, é também competente o foro do domicílio do réu (art. 381, § 2.º). Flávio Yarshell critica essa alternatividade estabelecida pela lei, reputando que o critério do local onde a prova deve ser produzida, por seu caráter funcional, deveria ser prioritário.[21] Didier Jr., P. Sarno Braga e Rafael A. de Oliveira, destacam que "o direito de escolha do juízo competente deve ser exercido conforme os princípios da competência adequada e da boa-fé processual", de modo que o foro do domicílio do réu deveria ser considerado "excepcional".[22] É de se concordar com a necessidade de consideração dos princípios mencionados. Mas ela não pode conduzir ao resultado de integral desconsideração da letra da lei. A norma, tal como posta, apenas poderia ser de todo afastada se padecesse de inconstitucionalidade – o que não parece ser o caso: foi uma escolha legislativa infeliz, mas constitucional. Então, a boa-fé e a adequação haverão de ser considerados no caso concreto (juízo de ponderação de valores), a fim de impedir situações abusivas, tendentes a impedir ou dificultar gravemente o exercício de direitos ou poderes processuais ou a acarretar uma produção

probatória de baixa qualidade, excessivamente complicada etc.

Havendo a perspectiva de produção probatória em diferentes localidades, há concorrência de foros – podendo o autor optar por qualquer deles. Caso o autor opte pelo domicílio do réu, aplicam-se as regras dos arts. 46, §§ 1.º a 4.º, e 53, III, *a* a *c*, do CPC/2015 (LGL\2015\1656).

Em princípio, pode haver a incidência de cláusula de eleição de foro (art. 63).

8.2 Competência absoluta

No que tange à competência funcional, deve ser considerada a natureza das partes e da matéria relativa à pretensão ou defesa para a qual a prova será relevante.

Se a produção probatória que se quer antecipar é pertinente para um atual ou potencial litígio trabalhista, a competência para a medida é da Justiça do Trabalho (CF (LGL\1988\3), art. 114).

Se a providência é requerida por (ou em face da) União, autarquia ou empresa pública federal, em princípio, a competência é da Justiça Federal (CF (LGL\1988\3), art. 109, I). Para a justificação, permanece aplicável o enunciado 32 (MIX\2010\1285) da Súmula do STJ ("Compete à Justiça Federal processar justificações judiciais destinadas a instruir pedidos perante entidades que nela tem exclusividade de foro, ressalvada a aplicação do art. 15, II da Lei 5010/1966").

Todavia, nas produções antecipadas promovidas em face da União ou de autarquias ou empresas públicas federais, se no local em que a prova deve ser produzida não há vara federal, a ação pode ser proposta perante o órgão de primeiro grau da Justiça Estadual. A regra do art. 381, § 4.º, do CPC/2015 (LGL\2015\1656) ampara-se na permissão dada pelo art. 109, § 3.º, parte final, da CF (LGL\1988\3). Mas os recursos serão de competência do TRF (CF (LGL\1988\3), art. 109, § 4.º).

8.3 Não prevenção de competência para ações futuras

O CPC/2015 (LGL\2015\1656) prevê expressamente que a medida de produção antecipada não previne a competência do juízo para a ação que eventualmente se venha a propor com utilização da prova antes produzida. Essa norma é compreensível em face: (a) do caráter não constritivo da medida; (b) da ausência de juízo, nem mesmo sumário, sobre o mérito da pretensão principal; (c) da eventualidade de uma ação principal.

Tal diretriz, já consolidada sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 (TFR, Súmula 263 (MIX\2010\1211)), é ainda mais justificável diante da ênfase à autonomia da tutela à prova no Código de Processo Civil de 2015.

9 Legitimidade

9.1 Legitimidade ativa

A legitimidade ativa recai sobre todo aquele que justifique a utilidade da produção da prova à luz de uma possível e eventual pretensão ou defesa. Para legitimar-se ativamente para a produção antecipada, é irrelevante a posição que o sujeito ocuparia no eventual e futuro processo em que usaria a prova: autor, réu, terceiro interveniente.

9.2 Legitimidade passiva

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.

9.3 A muito excepcional ausência de legitimado passivo

Na hipótese de justificação para simples documentação sem caráter contencioso (art. 381, § 5.º), não haverá legitimado passivo (art. 382, § 1.º, parte final). Essa regra, que constitui exceção, merece interpretação restritiva. Basta a potencialidade da repercussão do resultado probatório sobre a esfera jurídica de terceiros, para que se imponha a citação de réus na produção antecipada, sob pena da inocuidade da prova ali produzida. Sobre o tema, veja-se também o n. 13, adiante.

9.4 Interesse da jurisdição na correta formação do polo passivo

Aliás, nem se diga que a falta de inclusão, no polo passivo, dos interessados na prova seria um exclusivo problema do requerente da produção antecipada, que apenas se veria privado de usá-la em processo futuro. Interessa diretamente à própria jurisdição não desenvolver procedimentos inúteis, como tende a ser, em maior ou menor grau, a produção antecipada sem o contraditório.

Até por isso, o art. 382, § 1.º, confere ao juiz o poder-dever de determinar mesmo de ofício a citação de interessados na produção da prova. Trata-se de exceção ao princípio geral segundo o qual a inclusão de alguém como réu no processo depende de ato do autor (CPC/2015 (LGL\2015\1656), arts. 2.º, 115, parágrafo único, 338 e 339, §§ 1.º e 2.º). Mas, ainda que o juiz tenha o poder de mandar citar de ofício os possíveis interessados, permanece existindo o ônus do requerente de identificá-los e cuidar para que lhes seja dada a oportunidade de contraditório – sob pena de não poder usar adequadamente a prova no futuro.

10 Intervenção de terceiros

O exame do tema, ainda que relativamente simples, desdobra-se em dois âmbitos: um é o da investigação do próprio cabimento da modalidade interventiva no processo de produção antecipada; o outro é o da definição da posição que deveria ocupar nesse processo aquele sujeito que pode vir a ser terceiro interveniente no processo futuro.

10.1 Chamamento ao processo e denunciação da lide

Na produção antecipada, não cabem o chamamento ao processo e a denunciação da lide, pois não há julgamento da pretensão principal na produção antecipada.

Por outro lado, se o requerente da medida pretende formular denunciação ou chamamento em posterior processo em que a prova vai ser usada, cabe-lhe desde logo incluir o futuro chamado ou denunciado no polo passivo. Se é o réu da produção antecipada quem pretende provocar depois tais modalidades interventivas, cumpre-lhe requerer ao juiz que desde logo cite o futuro chamado ou denunciado.

10.2 Assistência

É possível a assistência na produção antecipada. O terceiro que tem a perspectiva de assistir uma das partes, no futuro processo principal, pode igualmente assisti-la no processo de antecipação da prova.

10.3 Amicus curiae

Assim também é cabível participação de *amicus curiae* (art. 138): o terceiro pode intervir, provocada ou espontaneamente, para apresentar subsídios técnico-científicos relevantes para a produção probatória.

10.4 Desconsideração de personalidade jurídica

No próprio processo de produção antecipada da prova, dada sua estrita finalidade, não se instaurará incidente de desconsideração de personalidade jurídica.

Mas a produção antecipada pode servir para reunir subsídios para respaldar pleito de desconsideração a realizar-se incidentalmente em futuro processo (art. 133 e ss.). Nesse caso, o sócio e a pessoa jurídica que seriam atingidos pela desconsideração devem participar desde logo da medida de produção antecipada – sob pena de a prova não poder ser depois utilizada contra eles.

11 A demanda de produção antecipada de prova

11.1 Causa de pedir e pedido

A inicial de produção antecipada deve veicular causa de pedir, ainda que em termos singelos. Cabe ao autor expor as razões que justificam a necessidade de antecipação – contextualizando a relevância da prova para o possível conflito, pretensão ou defesa.[23]

O pedido deve indicar claramente o(s) meio(s) de prova pretendido(s) e o objeto sobre o qual ela recairá.

11.2 Efeitos da propositura da demanda

Nos termos da Súmula 154 (MIX\2010\1879) do STF, "simples vistoria (que é produção antecipada de uma modalidade de perícia) não interrompe prescrição". Tal diretriz, em princípio, é aplicável à produção antecipada de qualquer meio de prova. Afinal, na demanda de produção antecipada não precisa haver nenhuma exteriorização da pretensão que futura e eventualmente a parte poderá vir a exercer amparando-se na prova colhida.

No entanto, o próprio STF e o STJ atenuaram essa orientação, reconhecendo que, sempre que no requerimento de produção antecipada já se puder identificar com clareza a intenção de exercício de uma pretensão, a medida assumirá "conotações de protesto" (CC, art. 202, II), funcionando como causa interruptiva prescricional.[24] Nesse caso, aplicam-se as regras do art. 240 do CPC/2015 (LGL\2015\1656).

O prazo decadencial, porém, não será interrompido pela produção antecipada, pois em regra não se aplicam à decadência as causas interruptivas prescricionais (CC, art. 207). Por exemplo, se a medida é preparatória de futura ação de anulação (que se submete a prazo decadencial), o prazo de decadência fluirá mesmo enquanto tramitar o procedimento antecipatório da prova.

No que tange à constituição em mora, são aproveitáveis as balizas estabelecidas para a interrupção de prescrição. Primeiro, pondere-se que em muitas hipóteses, a constituição em mora independe de qualquer providência judicial (CC, arts. 397 e 398). Nos casos em que disso depende, em regra, a produção antecipada não será apta à constituir em mora, por normalmente não exteriorizar a pretensão material (o que, em princípio, só se fará em outro processo, futuro e eventual). Todavia, sempre que já se puder claramente extrair do pleito de produção antecipada da prova a intenção de exercício da pretensão material, tal demanda servirá para constituir em mora – tanto quanto serve para interromper a prescrição.

Como já se viu, a produção antecipada de provas não gera prevenção do juízo para a futura ação em que o resultado probatório venha a ser utilizado (n. 8.3, acima). Mas não se pode descartar a hipótese do posterior ajuizamento de outra ação de produção antecipada de provas, versando total ou parcialmente sobre o mesmo objeto. Nesse caso, há prevenção do juízo em que tramita a primeira ação (CPC/2015 (LGL\2015\1656), art. 59) – cabendo a reunião das ações (CPC/2015 (LGL\2015\1656), art. 58), nos limites do art. 55, § 1.º, do CPC/2015 (LGL\2015\1656).

Essa mesma ordem de considerações é aplicável à litispendência (CPC/2015 (LGL\2015\1656), art. 337, §§ 1.º a 3.º). Se vier a ser proposta ação de produção antecipada idêntica a outra em que já tenha havido a citação do réu (CPC/2015 (LGL\2015\1656), art. 240), aplica-se o art. 485, V, do CPC/2015 (LGL\2015\1656).

12 Possibilidade de antecipação liminar da prova

Havendo extrema urgência, é possível antecipação da prova antes mesmo de citar-se o requerido. Isso é justificável tanto nos casos em que há o risco de perda imediata da fonte probatória (por exemplo, o prédio está prestes a ruir – tendo de ser periciado naquele mesmo dia) quanto nas situações em que a prévia ciência do demando poderia frustrar a própria produção da prova (por exemplo, há indícios de que ele destruiria os documentos, se não fosse determinada liminarmente a busca e apreensão desses).

As regras específicas da produção antecipada de prova não preveem essa medida liminar – que se fundamenta, no entanto, nas regras gerais sobre antecipação de tutela (CPC/2015 (LGL\2015\1656), especialmente arts. 294, parágrafo único, e 300, § 2.º) e na própria garantia constitucional do art. 5.º, XXXV, que consagra inclusive as tutelas preventiva e urgente ("... ameaça a direito...").

Uma vez citado o réu, se o risco de perecimento da prova não se tiver concretizado, caberá repeti-la ou completá-la já agora com sua participação.

Se ficar evidenciado que o pedido de produção antecipada *inaudita altera parte* foi abusivo, o juiz pode até não homologar a prova assim produzida.[25]

13 O contraditório na produção antecipada

13.1 Interpretação conforme a Constituição

O Código de Processo Civil de 1973 silenciava sobre o cabimento de contestação na produção antecipada, mas nem por isso doutrina e jurisprudência, em interpretação conforme à Constituição, deixaram de reconhecer o direito de o réu contestar, ainda que nos estritos limites do objeto de cognição judicial da medida.[26]

No Código de Processo Civil de 2015, o tratamento dado ao tema é ainda pior que o do diploma anterior. O seu art. 382, § 4.º, estabelece que "não se admitirá defesa" no processo de produção antecipada. Tal dispositivo exige interpretação que o salve da inconstitucionalidade (CF (LGL\1988\3), art. 5.º, XXXVI, LIV e LV).[27] Não há dúvidas de que o juiz detém poder para, mesmo de ofício, controlar (i) defeitos processuais, (ii) a ausência dos pressupostos da antecipação probatória e (iii) a admissibilidade e validade da prova. Logo, o requerido tem o direito de provocar decisão do juiz a respeito desses temas. A suposta proibição de defesa deve ser compreendida apenas como: (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.

13.2 Arguição de incompetência

Entre as questões processuais que o juiz tem o dever de controlar de ofício, está a incompetência absoluta (CPC/2015 (LGL\2015\1656), arts. 64, § 1.º, e 337, § 5.º) – cabendo provocação de exame do tema pela parte interessada. Quanto à incompetência relativa (inclusive a derivada do desrespeito ao art. 381, § 2.º), o réu, na falta de estipulação específica, terá o prazo geral de cinco dias para argui-la (art. 218, § 3.º, do CPC/2015 (LGL\2015\1656)), sob pena de prorrogação de competência (art. 65).

13.3 Arguição de impedimento ou suspeição

A arguição de impedimento (art. 144 do CPC/2015 (LGL\2015\1656)) ou suspeição (CPC/2015 (LGL\2015\1656), art. 145) submete-se a prazo de quinze dias, acarretando a instauração de incidente específico (art. 146 do CPC/2015 (LGL\2015\1656)).

Lembre-se, apenas, que o impedimento é matéria de ordem pública (a ponto de ensejar ação rescisória – art. 966, II, do CPC/2015 (LGL\2015\1656)), devendo ser reconhecido mesmo de ofício e, portanto, podendo ser arguido a todo tempo pelo interessado. Nesse caso, a inobservância do prazo específico gera apenas a preclusão do direito de ver instaurado o incidente apto a suspender a tramitação do resto do processo.

13.4 Arguição de ilegitimidade para a causa

A legitimidade para a causa é questão cognoscível até de ofício (CPC/2015 (LGL\2015\1656), arts. 337, § 5, e 485, § 3.º). O réu da produção antecipada tem o direito

de arguir sua ilegitimidade passiva.

Nessa hipótese, mesmo não existindo formalmente contestação, aplicam-se os arts. 338 (possibilidade de substituição do réu) e 339 (dever de o réu, sempre que possível, indicar o correto legitimado passivo).

13.5 Participação no procedimento de produção da prova

De resto, o réu tem direito de participar de todo o procedimento probatório, desde a proposição da prova. Por exemplo, na prova pericial, tem o direito de formular quesitos, indicar assistentes técnicos, impugnar quesitos do autor, pedir esclarecimentos do perito etc. Na prova testemunhal, tem o direito de apontar a incapacidade, impedimento ou suspeição da testemunha (ressalvando-se que, por não haver valoração da prova, será limitadíssimo o poder do juiz de deixar de tomar o depoimento testemunhal – cabendo-lhe, sempre que possível, ouvir a testemunha e deixar a questão do valor dessa prova ao juiz do futuro e eventual processo em que ela será usada), acompanhar o depoimento, formular perguntas e reperguntas, impugnar perguntas do adversário etc. Vale o mesmo para os demais meios probatórios.

13.6 Proposição de provas pelo réu

O demandado tem ainda o direito de aproveitar o procedimento instaurado para também requerer, justificadamente, a produção de provas. Não se trata de apenas controlar ou completar a produção probatória pleiteada pelo autor. Confere-se ao réu poder autônomo de iniciativa probatória: ele pode "requerer a produção de qualquer prova" (art. 382, § 3.º).

Mas a lei estabelece limites: (i) a prova deve versar sobre o mesmo fato que é objeto da prova do autor; (ii) a produção conjunta não pode implicar excessiva demora.

Não há como simplesmente se desconsiderar os termos expressos da lei. No entanto, eles devem ser interpretados de modo consentâneo com a economia processual e a instrumentalidade das formas. Não se exige absoluta identidade de objetos probatórios. Deve bastar uma razoável sobreposição ou convergência dos fatos a serem provados. Por outro lado, o acréscimo de pleitos probatórios do réu, evidentemente, sempre exigirá mais tempo para a produção da prova. Mas esse aumento da duração procedimental deve ser cotejado com as vantagens que a concentração da atividade probatória propiciará.[28]

Se houver excessiva complicação procedimental, o réu deverá promover uma medida própria de antecipação da prova. Eventualmente, haverá prevenção do juízo em que já tramita a primeira produção antecipada (v. n. 11.2, acima).

Além disso, cabe ao réu, tanto quanto se impõe ao autor, justificar a necessidade de antecipação da prova. Eventualmente, o fundamento será exatamente o mesmo já apresentado pelo autor, mas isso nem sempre ocorrerá: a urgência na realização de uma prova pleiteada pelo autor pode não se pôr relativamente a outra pretendida pelo réu. Caber-lhe-á, então, expor um fundamento próprio para a antecipação.

13.7 Comunhão da prova e desistência da medida

Mesmo quando o requerido não tiver pleiteado provas, uma vez iniciado o procedimento

probatório, não é possível a pura e simples desistência do autor. Vigora o princípio da comunhão da prova: a prova não interessa apenas a quem a requereu, mas também ao adversário – que pode opor-se à desistência (pense-se na hipótese em que o autor pretende desistir quando percebe que a prova tende a resultado que lhe será desfavorável...).

14 As regras do procedimento probatório

No que couber, aplicam-se à antecipação da prova as regras do procedimento comum do processo de conhecimento, relativas ao meio de prova cuja antecipação requer-se. Os limites a essa aplicação subsidiária derivam:

(i) da simplicidade (sumariedade) procedimental da medida de antecipação. Por exemplo, ao citar o requerido, o juiz deve já determinar a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico para a perícia objeto da antecipação;

(ii) da ausência de valoração da prova. Caberá ao juiz de eventual processo em que a prova seja usada valorá-la. Mas pode haver dificuldades na precisa definição daquilo que concerne à admissibilidade (ou regularidade) e o que se refere à avaliação da prova. Tome-se por exemplo o art. 447, § 4.º: o juiz apenas admitirá a ouvida da testemunha menor, impedida ou suspeita, se "necessário". Tal necessidade é definida pela possível relevância da prova para uma mais clara reconstrução dos fatos. Ou seja, para admitir tal prova, o juiz precisa avaliar o resto do material probatório já existente. Isso é inviável na produção antecipada. Em casos como esse, o juiz da antecipação deve privilegiar a ampla admissibilidade da prova – cabendo ao juiz do processo em que se venha a pretender usá-la desconsiderá-la, se for o caso. Exemplo similar tem-se no art. 464, § 1.º, II – para o qual valem esses mesmos parâmetros. Outra regra limítrofe entre admissibilidade (e [ou] regularidade) e valoração da prova é a do art. 480 (repetição da perícia "quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida"). Em princípio, não cabe ao juiz da produção antecipada um juízo sobre a suficiência da prova, mas pode ser tal a incompletude e deficiência da perícia que o juiz da antecipação desde logo a constata. Então, tem o dever de mandar completá-la ou repeti-la, sob pena de não propiciar a devida tutela ao direito da parte à prova.

15 A decisão final: efeitos, recorribilidade e estabilidade

15.1 Conteúdo

A sentença que encerra o procedimento (art. 203, § 1.º) declara a regularidade da prova produzida e constitui (pré-constitui) a prova para eventual uso subsequente.[29] Não se valora a prova produzida nem se emite nenhum juízo sobre o mérito do litígio para cuja composição a prova poderá ser depois utilizada. No eventual processo subsequente, o juiz dará à prova o seu valor. Sempre mediante decisão fundamentada, poderá até determinar seu complemento, esclarecimento ou, quando possível e estritamente necessário, sua repetição.

Na tutela de urgência antecedente, se o juiz desde logo constata prescrição ou decadência da pretensão ou direito que seria objeto do pedido principal, a sentença então proferida obsta a formulação de tal pedido (art. 310). A medida de produção antecipada, mesmo quando fundada em urgência (com natureza cautelar), recebe disciplina própria,

inconfundível com a da tutela provisória. A regra do art. 310 tem caráter excepcional, e não pode ser aplicada extensivamente. No entanto, a constatação de plano da decadência ou da prescrição pode implicar a falta de interesse processual para a produção antecipada, a depender das circunstâncias concretas. Em suma: a decadência ou prescrição do direito ou pretensão principal pode obstar a produção antecipada, mas a sentença então proferida não impede a formulação de demanda relativa àquele direito ou pretensão.

15.2 Verbas de sucumbência

Se o réu resiste à antecipação da prova, sustentando seu descabimento, e é derrotado, deve responder pelas despesas relativas à desnecessária extensão do procedimento por força dessa alegação infundada, inclusive honorários advocatícios. Se for vitorioso, cabe ao autor responder pela sucumbência. Já as despesas da produção probatória, nos termos do art. 82, devem ser arcadas por quem requer a prova (normalmente o autor; excepcionalmente, na hipótese do art. 382, § 3.º, o réu).[30] A parte que arcar com as despesas da produção probatória antecipada pode ser delas ressarcida se depois for vitoriosa no processo relativo à pretensão principal (CPC/2015 (LGL\2015\1656), art. 82, § 2.º). Por outro lado, incide a garantia da assistência jurídica (CF (LGL\1988\3), art. 5.º, LXXIV; CPC/2015 (LGL\2015\1656), arts. 98 e ss.).

15.3 Recorribilidade limitada

Proíbe-se recurso contra qualquer decisão no processo de produção antecipada, seja interlocutória, seja a própria sentença – exceção feita à decisão que indefere integralmente a antecipação probatória (art. 382, § 4.º). O duplo grau de jurisdição não é, em si mesmo, garantia constitucional.[31] Pode não ser previsto em lei, desde que isso não implique modelo desarrazoado de processo, ofensivo à garantia do *due process* (CF (LGL\1988\3), art. 5.º, LIV). Pareceu ao legislador do CPC/2015 (LGL\2015\1656) ser esse o caso da medida de antecipação de prova, dada a limitação de seu objeto.

Todavia, caberá mandado de segurança contra as decisões que violem direito líquido e certo de qualquer das partes (CF (LGL\1988\3), art. 5.º, LXIX; Lei 12.016/2009, art. 5.º, II).

15.4 Estabilidade

Não há coisa julgada quanto ao mérito da (possível) pretensão principal, pois nem cabe pronunciamento sobre ela. Mas também a própria regularidade da prova, atestada na sentença, é passível de revisão em futuro processo em que aquela venha a ser usada. A prova antecipada não é meramente provisória. Porém, é incompleta: a aferição definitiva de sua validade e sua valoração apenas poderão ocorrer no concreto contexto do processo em que ela venha a ser utilizada.

Por outro lado, quem pediu e obteve a antecipação da prova não pode repetir a medida de produção antecipada, senão para outro objeto probatório ou para o desenvolvimento de outros meios probatórios. Falta interesse processual para tal reiteração. Já se a medida de antecipação foi indeferida, não há o que impeça nova demanda, dada a sumariedade da cognição que ampara o pronunciamento denegatório.[32]

16 O destino dos autos e o emprego da prova depois do fim do processo

A prova produzida antecipadamente não é do exclusivo interesse do autor da medida. O requerido também tem o direito de utilizá-la – e não apenas quando tiver também requerido provas nos termos do art. 382, § 3.º. Vigora o princípio da comunhão da prova.

Por isso, depois de encerrado o processo de antecipação, os autos apenas são entregues ao autor depois de permanecerem em cartório por pelo menos um mês, para extração de cópias e certidões por interessados (réus ou terceiros). As partes do processo de antecipação devem ser intimadas de seu final – que se dá com a sentença que certifica a regularidade da produção probatória. A intimação pode ser feita na pessoa dos advogados. O prazo de trinta dias para entrega dos autos é contado a partir da última intimação.

O Código de Processo Civil de 1939 previa a entrega dos autos ao autor em 48 horas – o que era pouco para garantir acesso aos demais interessados. No Código de Processo Civil de 1973, previu-se que os autos permaneceriam definitivamente em cartório. O Código de Processo Civil de 2015, em certa medida, retoma o modelo de 1939, ainda que outorgando um prazo maior para que interessados obtenham cópias e certidões.

É possível que alguém que não participou do processo de produção antecipada use a prova ali obtida contra alguma ou ambas as partes de tal processo. Isso é possível desde que aquele contra quem a prova vai ser utilizada tenha participado da produção probatória em regime de contraditório.[33] Mas o terceiro eventualmente pode não ter acesso aos autos da produção antecipada nos trinta dias que antecedem sua entrega ao autor. Se já tiver havido a entrega dos autos, o terceiro poderá requerer que eles sejam exibidos pelo autor da antecipação, que só se eximirá de exibi-los nas hipóteses do art. 404. Aliás, o mesmo direito à exibição tem o requerido da produção antecipada, se por qualquer razão deixar de obter cópias e certidões no prazo de trinta dias.

Por outro lado, se o processo de antecipação da prova seguir a forma eletrônica, não há razão para não se manter no ofício judicial o arquivo eletrônico dos autos – sem prejuízo de o autor receber cópia eletrônica ou impressa dos autos. Afinal, a única razão para os autos serem entregues ao autor é diminuir o volume de material arquivado em cartório – problema que não se põe com os autos eletrônicos.

17 Ausência de ônus de propositura de demanda principal

O requerente da medida de produção antecipada da prova não se submete ao ônus de formular em trinta dias pedido principal. Essa diretriz – já assente sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, dado o caráter não constritivo de direitos da medida[34] – é reforçada no Código de Processo Civil de 2015, em face da não inserção da disciplina da antecipação da prova no livro da tutela provisória.

18 Referências

ARRUDA ALVIM WAMBIER, T.; CONCEIÇÃO, M. L. L., RIBEIRO, L. F. S.; MELLO, R. L. T. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral – Institutos fundamentais*. São Paulo: Ed. RT, 2015. vol. 2, t. 2, p. 292-293

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CALAMANDREI, Piero. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. *Opere giuridiche*. vol. IX. § 12. Nápoles: Morano, 1965.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2012. vol. 3.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. *Revista de Processo*. vol. 218. 2013.

_____; _____; OLIVEIRA, Rafael A. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. vol. 2.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. vol. VIII, t. 1

MARINONI, L. G., ARENHART, S. C., e MITIDIERO, D. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MARINS, Graciela. *Produção antecipada da prova*. São Paulo: Ed. RT, 2004

OLIVEIRA, C. A. Alvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil.* 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. vol. 8, t. 2.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RIGHI, Ivan. Eficácia probatória do comportamento das partes. *Revista Brasileira de Direito Processual*. vol. 35. p. 69 e ss. 1982.

RODRIGUES, M. Abelha. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SCHMITZ, Leonard. Da produção antecipada de prova. In: STRECK, L., NUNES, D., CUNHA, L. C. e FREIRE, A. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 1993. vol. III

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e a tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 46. 2015.

_____. Da produção antecipada da prova. In: CABRAL, A.; CRAMER, R. (coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*. vol. 91. p. 92. jul.-set./1998.

_____. *Tutela monitória*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.

_____; WAMBIER, L. R. *Curso avançado de processo civil.* 16. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. vol. 1.

_____; _____. *Curso avançado de processo civil: processo cautelar e procedimentos especiais.* 14. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 2.

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

_____. Da produção antecipada da prova. In: WAMBIER, T. A. A.; DIDIER JR., F.; TALAMINI, E.; DANTAS, B. (coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

1 Este texto, escrito em homenagem ao Prof. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, é versão ampliada e aprofundada daquilo que anteriormente escrevi nos *Comentários ao novo Código de Processo Civil* (In: CABRAL, A.; CRAMER, R. (coords.)). Rio de Janeiro: Forense, 2015. sob o título "Da produção antecipada da prova".

2 Ver, por todos: YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. *passim*. NEVES, Daniel A. Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008.

3 Sobre o tema, reporto-me ao que expus em *Curso avançado de processo civil* (coop. c/ WAMBIER, L. R.). 16. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. vol. 1, n. 4.4.3 – bem como às referências doutrinárias contidas no final daquele capítulo.

4 Por isso, ainda sob a égide do CPC (LGL\2015\1656) anterior, Graciela Marins, embora qualificando como de jurisdição voluntária a produção antecipada não urgente, reconhecia-lhe natureza jurisdicional propriamente dita (*Produção antecipada da prova*. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 163-173).

5 Nesse sentido, YARSHELL, Flávio Luiz. Da produção antecipada da prova. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, T.; DIDIER JR., F.; TALAMINI, E.; DANTAS, B. (coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 1.027-1.028. Ainda antes: SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. Porto Alegre: Fabris, 1993. vol. III, p. 218-221.

6 CALAMANDREI, Piero. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. *Opere giuridiche*. vol. IX. § 12. Nápoles: Morano, 1965. p. 180-192. LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. vol. VIII, t. 1, § 5, p. 9. Mesmo doutrinadores críticos da antiga concepção de que a tutela cautelar prestar-se-ia a proteger o resultado do processo reconhecem o caráter acautelatório da produção antecipada de prova na hipótese em discurso (cf., v.g., SILVA, Ovídio Araújo Baptista,. Op. cit., p. 220-221).

7 Vejam-se, p. ex., as referências em THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. vol. 2, p. 595-596.

8 Cf., entre outros, YARSHELL, Flávio Luiz. Da produção antecipada de provas cit., p. 1027; ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral – Institutos fundamentais*. São Paulo: Ed. RT, 2015. vol. 2, t. 2, p. 292-293; BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 317; SCHMITZ, Leonard. Da produção antecipada de prova. In: STRECK, L., NUNES, D., CUNHA, L. C. e FREIRE, A. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 569-570; RODRIGUES, M. Abelha. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 568; CÂMARA, Alexandre. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 237-238.

9 Quanto ao tema, reporto-me ao que expus em *Curso avançado de processo civil: processo cautelar e procedimentos especiais* (coop. c/ WAMBIER, L. R.). 14. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 163-164.

10 Nesse mesmo sentido, DIDIER JR., F., BRAGA, P. Sarno, e OLIVEIRA, Rafael A. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. vol. 2, p. 145.

11 Quanto ao exposto neste item, v. TALAMINI, Eduardo. *Tutela monitória*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 85-86.

12 TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada no processo civil e penal. *Revista de Processo*. vol. 91. jul.-set./1998, p. 92 e ss.

13 Na jurisprudência: STJ, REsp 1.297.974/RJ, 3.ª T., j. 12.6.2012, Min. Rel. Nancy Andrighi, *DJe* 19.06.2012. Para uma amplo panorama sobre a questão, v. TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e a tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Arbitragem e Mediação*. vol. 46. 2015, *passim*.

14 TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada... cit., p. 101.

15 Idem, p. 98-99.

16 Nesse sentido, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2012. vol. 3, p. 194-195.

17 Sobre a conduta das partes como meio de prova, veja-se RIGHI, Ivan. Eficácia probatória do comportamento das partes. *Revista Brasileira de Direito Processual*. vol. 35. 1982, p. 69 e ss.

18 Em termos similares, MARINONI, L. G., ARENHART, S. C., e MITIDIERO, D. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 408.

19 Idem, ibidem.

20 Assim, entre outros: OLIVEIRA, C. A. Alvaro de. *Comentários ao Código de Processo Civil* (em coop. c/ Galeno Lacerda). 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. vol. 8, t. 2, n. 79, p. 238.

21 Da produção antecipada cit., p. 1.028-1.029.

22 *Curso...* cit., p. 146-147.

23 Nesse sentido, entre outros: ARRUDA ALVIM WAMBIER, T.; CONCEIÇÃO, M. L. L., RIBEIRO, L. F. S.; MELLO, R. L. T. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 661; ASSIS, Araken. Op. cit., p. 304-305.

24 Cf., na jurisprudência do STF: RE 105.838/SP, 1.ª T., j. 14.06.1985, Min. rel. Rafael Mayer, *DJ* 02.08.1985; RE 100.469/RJ, 2.ª T., j. 25.11.1983, Min. rel. Djaci Falcão, *DJ* 17.02.1984; RE 86.057/RJ, 1.ª T., j. 20.03.1979, Min. rel. Thompson Flores, *DJ* 04.05.1979. Na jurisprudência do STJ, v. *RSTJ* 152/392.

25 Nesse sentido, SILVA, Ovídio Baptista da. Op. cit., p. 230.

26 Confira-se o panorama doutrinário em DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. *Revista de Processo*. vol. 218. 2013.

27 Na mesma linha: BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. 318; WAMBIER, CONCEIÇÃO, RIBEIRO e MELLO. *Primeiros comentários*..., cit., p. 660; ASSIS, Araken de. Op. cit., p. 314-315 e 316-318; YARSHELL, Flávio Luiz. Da produção antecipada cit., p. 1.042; DIDIER JR., BRAGA e OLIVEIRA, *Curso*... cit., p. 149-150.

28 Sobre o tema, cf. YARSHEL, Flávio Luiz. Da produção antecipada cit., p. 1.038-1.039.

29 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. t. XII, p. 188.

30 Nesse ponto, não parece proceder, com a devida vênia, a solução proposta por Flávio Yarshell, no sentido de que as despesas com a produção probatória deveriam ser sempre divididas entre as partes, sob o argumento de que a produção antecipada teria caráter "bilateral" ou "dúplice" (Da produção antecipada cit., p. 1.043-1.044). O princípio da comunhão da prova – essa parece ser a denominação mais adequada – vigora (n. 13.7, acima). Mas ele também vigora quando a prova é produzida em caráter não principal (i.e., quando ela se destina a instruir uma pretensão outra de tutela jurisdicional) – e nem por isso a regra é de divisão das despesas. Em suma, sempre há comunhão da prova e, a despeito disso, em regra, quem arca inicialmente com o custo dela é quem a requer.

31 STF, RHC 79.785/RJ, Pleno, j. 29.03.2000, Min. rel. Sepúlveda Pertence, *DJ* 22.11.2002. Sobre o tema, reporto-me ao que expus no vol. 2 do *Curso avançado de processo civil* cit., p. 469-472.

32 Em termos similares, YARSHEL, Flávio Luiz. Da produção antecipada cit., p. 1.028.

33 TALAMINI, Eduardo. Prova emprestada cit., p. 95-97.

34 STF, RE 102.575/PE, 2.ª T., j. 06.11.1984, Min. rel. Aldir Passarinho, *DJ* 14.12.1984.