

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP

Arthur Ferrari Arsuffi

**PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA: EFICIÊNCIA E ORGANIZAÇÃO DO
PROCESSO**

MESTRADO EM DIREITO

**São Paulo
2018**

ARTHUR FERRARI ARSUFFI

**PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA: EFICIÊNCIA E ORGANIZAÇÃO DO
PROCESSO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), sob a orientação da Prof^a. Dra. Thereza Celina Diniz de Arruda Alvim.

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)

São Paulo

2018

BANCA EXAMINADORA

*“A arte do processo não é senão a arte de administrar as provas” (Jeremy Bentham, *Traité des preuves judiciaires*, Trad. de Ét. Dumont, edição de 1823, 1º vol., pág. 3)*

*“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.” (José Carlos Barbosa Moreira, *O futuro da justiça: alguns mitos*, p. 5)*

Dedico este trabalho aos meus avós *Felício e Olga*, por me ensinarem, em sua simplicidade e com seu modo de ser, que as maiores qualidades de um homem são a integridade, a humildade, o respeito e o amor, sem os quais o conhecimento erudito de nada serve.

AGRADECIMENTOS

A decisão de cursar o mestrado em Direito na minha querida Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) não poderia ter sido mais acertada. Nesse período, pude fazer grandes amigos, aprender a cada dia com professores e colegas de qualidade e humildade sem tamanho e me apaixonar ainda mais pelo universo que é o Direito.

A escrita deste trabalho é uma longa caminhada, severa em alguns momentos, agradável em outros, mas sempre árdua e proveitosa.

Nos momentos mais duros dessa jornada, o peso pesa nos ombros e só é possível seguir em razão do apoio das pessoas que circundam nossa vida, estejam elas, ou não, ligadas ao universo acadêmico.

Eu tive a sorte de contar ao longo de toda essa jornada com pessoas que me deram os subsídios e a força necessários para seguir em frente. Essas pessoas merecem toda minha gratidão e meus agradecimentos.

Agradeço a meus pais, Heloisa e Agnaldo, pelo incentivo, desde os primeiros dias de minha vida, pela leitura e por todos os sacrifícios que fizeram (e fazem) para a minha formação.

Agradeço a minha esposa Camila, pela paciência, por ter me apoiado em todos os momentos no desenvolvimento deste trabalho e pela leitura dos originais. Uma das maiores dificuldades que enfrentei foi a privação de tempo de convívio com você.

Agradeço a meus queridos amigos João e Juliane (e nossa querida Duda), pelos momentos de distração e amizade verdadeira. A amizade de vocês foi e é essencial para mim.

Ao meu avô, Enzo Ferrari, pelo exemplo de que o estudo deve ser uma constante na vida.

Agradeço aos amigos e professores Fabiano Carvalho e Rodrigo Barioni. O incentivo constante e a amizade de vocês foi indispensável para que eu enveredasse para

o caminho da academia e lá encontrasse minha verdadeira vocação. A generosidade e a humildade de vocês servem de exemplo a todos aqueles que almejam ser professores.

Ao amigo Fernando Paixão de Sousa, por todo apoio e auxílio.

Ao grande professor (e mestre de meus mestres) Sérgio Rizzi, pelo privilégio do convívio e pelas preciosas lições sobre o direito, a advocacia e a vida.

Agradeço aos grandes amigos, Guilherme Takeishi, Victor Miranda e João Lessa, que com sua amizade verdadeira, conhecimento e disponibilidade me auxiliaram no desenvolvimento desse trabalho com sugestões, críticas e disponibilização de artigos.

Agradeço aos amigos de mestrado que tornaram os dias na PUC/SP memoráveis e a caminhada que se conclui nesse momento possível e agradável: Carolina Uzeda, Roberta Tarpinian, Fernanda Pillar, Fernanda Pitta, Fernando Cota, Ricardo Nacle, Eduardo Aranha, José Américo Zampar, Cristina Menezes, Delosmar Mendonça Neto, Rosane Santos, Victor Limeira, Vinicius Belatto, Mariana Pavoni, Bruna Kusumoto, Yrlanna Borges, Ceres Link Santos, Leticia Zuccollo, Bruna Rivarolli, Veronica Estrella, William Lecioli, Joaquim Caldas e Igor Cunha.

Aos amigos Cristiane Druve, Christian Garcia Vieira e Stella Economides, pelo apoio de sempre.

Aos professores Rodrigo Barioni e Eduardo Arruda Alvim pelas observações e críticas pertinentes feitas na banca de qualificação, as quais foram fundamentais ao aperfeiçoamento do trabalho.

Aos professores de mestrado da PUC/SP, com quem tive a honra de aprender: Cassio Scarpinella Bueno, Teresa Arruda Alvim, Marcus Abreu Sampaio, William Santos Ferreira, Giovanni Ettore Nanni, Arruda Alvim, Francisco Cahali e Márcio Pugliese.

A minha querida orientadora, professora Thereza Celina Diniz de Arruda Alvim, pela generosidade em compartilhar seu conhecimento tão profundo, pelo diálogo franco e pela orientação cuidadosa, fundamental para que eu pudesse concluir este trabalho.

Agradeço, por fim, a Deus, que permitiu em sua infinita sabedoria que todas essas pessoas especiais pudessem cruzar o meu caminho e me tornar com seu convívio uma pessoa melhor.

Muito obrigado.

RESUMO

O trabalho tem como objetivo analisar o instituto da produção antecipada da prova no direito brasileiro, em especial suas funções no ordenamento jurídico e os limites de sua utilização. O cerne do presente estudo está na identificação das funções que a produção antecipada da prova pode exercer no sistema de resolução de conflitos, sempre com vistas a empregar maior eficiência a ele.

Para tanto, foi necessário definir a natureza jurídica da produção antecipada da prova, bem como situar o instituto à luz das normas fundamentais do processo, em especial daquelas que lhes são mais próximas, como os princípios do contraditório, eficiência e colaboração.

Feita essa parte inicial, foi possível identificar as funções do instituto no sistema de resolução de conflitos brasileiro, apresentando as vantagens e os limites de sua utilização. Por fim, as principais questões acerca da dinâmica procedimental foram abordadas, tais como a petição inicial, a possibilidade de concessão de tutelas provisórias, os limites da defesa do requerido e os meios de impugnação das decisões proferidas no curso da ação de produção antecipada da prova.

Com isso, pretendeu-se dar não apenas uma visão teórica, mas uma visão prática do instituto, de modo a colaborar com sua utilização também no cotidiano forense.

PALAVRAS-CHAVES: prova – *discovery* – *disclosure* – produção antecipada da prova – eficiência — colaboração – contraditório.

ABSTRACT

This work has as goal the analysis of the brazilian discovery (produção antecipada de prova), specially its duties on the Brazilian System of laws and its legal limitations. The focus of the study is on the identification of what the Brazilian discovery procedure (produção antecipada de prova) can collaborate with the conflict resolution system, always aiming bigger efficiency.

Therefore, it was necessary to define the legal nature of the brazilian Discovery (produção antecipada de prova), as well as situate the doctrine in the light of the fundamental rules of the procedure, especially those as close as the adversary system, efficiency and collaboration.

After this initial part, it was possible to identify the brazilian Discovery procedure duties on the brazilian conflicts resolution system, showing its vantages and its usage limits. At last, the main questions about the procedure dynamic was adressed, as much as initial petition, the possibility of conceding injunctions, defense limits and the refutation of decisions ways on the brazilian discovery (produção antecipada de prova) course.

With that, its purpose was not to give just the theoric concept, but a pratic concept of the procedure in a way to collaborate with its usage also on the court daily basis.

PALAVRAS-CHAVES: evidence – discovery – disclosure - produção antecipada da prova – efficiency — collaboration – audience

SUMÁRIO

Introdução.....	Pág. 14
1. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA, JURISDIÇÃO E NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL	Pág. 19
1.1. Jurisdição e Produção Antecipada da Prova.....	Pág. 19
1.2. Natureza Jurídica da Produção Antecipada da Prova.....	Pág. 28
1.3. Normas Fundamentais do Processo Civil com Aplicação Preponderante na Produção Antecipada de Prova.....	Pág. 38
1.3.1. Eficiência.....	Pág. 39
1.3.2. Contraditório.....	Pág. 48
1.3.3. Colaboração.....	Pág. 51
2. A PROVA.....	Pág. 56
2.1. A Importância da Prova na Resolução de Conflitos.....	Pág. 56
2.1.1. Máxima Eficiência dos Meios Probatórios.....	Pág. 67
2.1.2. Protagonismo das Partes e Destinatários da Prova.....	Pág. 70
3. A PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA: FUNÇÕES E LIMITES.....	Pág. 77
3.1. Funções da Produção Antecipada da Prova.....	Pág. 81
3.1.1. As Funções Relacionadas com a Urgência: Tutela Provisória na Produção Antecipada da Prova.....	Pág. 81
3.1.2. As Funções Relacionadas a Eficiência e Organização do Processo.....	Pág. 86
3.1.2.1. Produção Antecipada da Prova e Meios Adequados de Resolução de Conflitos.....	Pág. 87
3.1.2.2. A produção antecipada da prova como meio de organizar o litígio.....	Pág. 95

3.1.2.2.1.	A Organização Prévia à Efetiva Instauração de Processo Judicial que verse sobre o Acertamento do Direito.....	Pág. 96
3.1.2.2.1.1.1.	A Produção Antecipada da Prova e a Formulação do Pedido.....	Pág. 102
3.1.2.2.1.1.2.	A Produção Antecipada da Prova e o Financiamento de Litígios (<i>third party funding</i>).....	Pág. 106
3.1.2.2.1.1.3.	A Produção Antecipada da Prova, a Tomada de Decisões Conscientes e o Litígio Responsável.....	Pág. 110
3.1.2.2.2.	Funções de Organização da Perspectiva Endoprocessual.....	Pág. 113
3.1.2.2.2.1.1.	Qualificação do Contraditório, Organização dos Atos Processuais, Eficiência e Legitimidade das Decisões Judiciais.....	Pág. 113
3.1.2.2.2.1.2.	Documentação da Prova e Viabilização de Técnicas Processuais.....	Pág. 120
3.1.3.	Vinculação de condutas: colaboração e boa-fé.....	Pág. 127
3.2.	Limites da produção antecipada da Prova: Direitos fundamentais, Sigilo, Boa-Fé Objetiva e Custos.....	Pág. 142
3.2.1.	Evitando Práticas Abusivas.....	Pág. 148
3.2.1.1.	A Questão do Sigilo.....	Pág. 152
4.	QUESTÕES ESSENCIAIS SOBRE A DINÂMICA DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA.....	Pág. 156
4.1.	Competência.....	Pág. 156
4.1.1.	A Competência (ou Jurisdição) para conhecer da Produção Antecipada da Prova Quando há Previsão de Instituição de Arbitragem.....	Pág. 163
4.2.	Petição Inicial.....	Pág. 167
4.3.	A Tutela Provisória na Produção Antecipada da Prova.....	Pág. 173
4.3.1.	A Tutela Provisória de Urgência.....	Pág. 173
4.3.2.	A Tutela da Evidência na Produção Antecipada da Prova.....	Pág. 179

4.4. Valor da Causa.....	Pág. 183
4.5. Citação.....	Pág. 184
4.5.1. Efeitos materiais da citação na produção antecipada da prova.....	Pág. 187
4.6. O contraditório na produção antecipada da prova: defesa e pedido de provas pelo réu (ou interessado).....	Pág.192
4.7. Meios de prova admitidos.....	Pág. 197
4.8. Meios de controle das decisões proferidas no Processo de Produção Antecipada da prova.....	Pág. 199
4.8.1. Espécies de Decisões Proferidas na Produção Antecipada da prova.....	Pág. 199
4.8.2. A Impugnação das Decisões Proferidas na Produção Antecipada da prova.....	Pág. 202
4.9. Custas e honorários advocatícios na produção antecipada da prova.....	Pág. 208
5. CONCLUSÃO.....	Pág. 212
6. BIBLIOGRAFIA.....	Pág. 218

Introdução

Não é de hoje que a comunidade jurídica aponta a existência de grave crise no processo. Em regra, a doutrina sustenta que o tempo é o cerne dessa crise – o processo demora demais e “justiça extemporânea não é justiça”. Trata-se de chamada “crise de efetividade” do processo¹.

Diante desse problema – que se faz presente há décadas na maioria dos países ocidentais –, diversas reformas legislativas foram pensadas e implementadas. No Brasil, podemos destacar as reformas no âmbito da Execução (iniciadas no final da década de 90 e finalizadas em 2005) e a criação de um sistema processual inteiramente novo, o CPC/2015 (Lei n. 13.105/2015 com as alterações da Lei n. 13.256/2016).

Nesse novo sistema processual, a efetividade e a tempestividade da prestação da tutela jurisdicional tiveram lugar de destaque, sendo, inclusive, normas fundamentais do processo previstas pelo novo código (CPC, Art. 4º *As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.*).

Para atingir esses objetivos, a maioria das reformas buscou – ao menos em suas exposições de motivos – atacar a multiplicidade de recursos e a deficiência de técnicas executivas, apontando-as como os vilões da efetividade.

Na prática, entretanto, a crise vivenciada pelo processo é muito mais grave e enraizada: vivencia-se uma verdadeira crise de confiança e legitimidade do Poder Judiciário, e a demora na prestação da tutela jurisdicional é apenas um dos sintomas dessa crise.

Na verdade, o que permeia toda essa crise é o *déficit* de eficiência do processo, o que pode ser observado e estudado de duas vertentes: uma extraprocessual, que diz

¹ Rogério Licastro Torres de Mello aponta que: “Há décadas os debates jurídico-processuais são guiados pela cantada e decantada crise de efetividade experimentada pelo Poder Judiciário. Pode-se afirmar, sem receios, que a atribuição de maior rendimento à atividade jurisdicional tem sido a força motriz de majoritaríssima parte das alterações promovidas na legislação processual civil brasileira ao longo dos últimos 20 anos” (*In O Projeto de Novo CPC e a Ação Probatória Não Cautelar. Revista de Processo, Vol. 233/2014, p. 85, jul./2014*).

respeito à organização administrativa do Poder Judiciário, e outra endoprocessual, que diz respeito à organização dos atos do processo.

A primeira vertente, extraprocessual, como é fácil perceber, depende mais de uma análise de orçamento e de políticas administrativas do que de uma análise jurídica, propriamente dita. De outro lado, a segunda vertente diz respeito à essência do próprio processo civil, sendo possível analisá-la e elaborar soluções dentro da ciência processual.

Nesse sentido, realizando importante corte metodológico, o objeto do presente trabalho se limita à segunda vertente – aquela que versa sobre a organização endoprocessual.

Mais ainda, o escopo deste trabalho se restringe à organização e ao gerenciamento endoprocessual, da perspectiva da produção antecipada da prova, instituto que, apesar de ter recebido tratamento tímido pelo legislador do CPC/2015, se bem compreendido, pode revolucionar a forma como o processo é organizado.

Nesse sentido, será preciso repensar a própria estrutura do processo civil, com o objetivo de torná-lo mais organizado e, conseqüentemente, mais eficiente. O caminho para atingir esse intento é compreender a estrutura tradicional do processo de conhecimento e, sem amarras desnecessárias, repensá-la da perspectiva de que, em determinadas situações, é possível adequar as fases do processo, antecipando os atos instrutórios para momento anterior ao ajuizamento do processo que verse sobre o acerto do direito.

Vejamos, então, que dentro do panorama atual, em síntese, o processo de conhecimento se divide em três fases: i) fase postulatória; ii) fase instrutória; e iii) fase decisória.

Tradicionalmente, o processo tem início com a fase postulatória, que, como o próprio nome deixa transparecer, é aquela onde as partes postulam em juízo, formulando sua pretensão.

Nessa fase, o autor da demanda narra os fatos constitutivos de seu direito (causa de pedir) e, em decorrência desses fatos, formula o pedido da tutela jurisdicional que pretende obter. O réu, por sua vez, ao ser citado, salvo nos casos de revelia ou de

reconhecimento jurídico do pedido, contesta a demanda, ora controvertendo os fatos narrados pelo autor, ora apresentando fatos extintivos, modificativos e/ou extintivos ao direito alegado pelo autor, ora valendo-se de ambas as estratégias.

A fase seguinte é a instrutória, à qual é pertinente a prova dos fatos – em regra apenas àqueles controvertidos pelas partes –, que são objeto de prova. Por fim, realizada a instrução, tem início a fase decisória, na qual o magistrado profere decisão, julgando a demanda.

Acontece que, em processos de maior complexidade probatória, como, por exemplo, aqueles que dependem de perícia técnica (para apurar se determinado fato ocorreu, como ocorreu, etc.), as partes só terão verdadeiro conhecimento acerca do fato após a produção da prova. Ou seja, no curso da fase instrutória e depois da fase postulatória.

Nesses casos, como não poderia deixar de ser, há um perigoso *déficit* na fase postulatória, pois as partes, naquele momento, não têm capacidade de expor os fatos com precisão e, tampouco, têm condições de avaliar se sua pretensão tem (ou não) fundamento.

As consequências desse *déficit* são extremamente graves, pois levam a uma análise imprecisa de risco e estratégia – o que pode gerar prejuízos relevantes aos litigantes.

Para que bem se compreenda a gravidade desse vício de análise, é importante lembrar que o nosso sistema processual exige que as partes formulem pedido certo e determinado, proíbe a alteração da causa de pedir após a citação, proíbe a modificação da defesa e prevê a condenação do vencido ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

Diante dessas regras, a análise incompleta de risco e estratégia pode causar, para as partes de ambos os polos, consequências gravíssimas, como a condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais em percentual que pode chegar a 20% do valor da causa.

Não bastasse, os prejuízos extrapolam a esfera das partes envolvidas na demanda, pois o erro de análise causa aumento desnecessário no número de processos, haja vista que, havendo dúvida acerca dos fatos, as partes tendem a litigar e a recusar a adoção de meios alternativos de resolução de disputas.

Por fim, tais erros de análise acabam por causar consequências endoprocessuais, como o *déficit* de contraditório na fase postulatória e, conseqüentemente, o *déficit* de legitimidade das decisões judiciais.

Diante desse cenário, a questão que se coloca é: *nos casos em que exista complexidade probatória, não seria melhor realizar a fase instrutória antes da fase postulatória, ainda que de forma parcial?*

O escopo de presente estudo é demonstrar que a produção antecipada da prova é instrumento hábil para antecipar a instrução processual e, conseqüentemente, permitir que as partes analisem corretamente os riscos envolvidos no processo antes de iniciar propriamente o litígio.

Com isso, a partes poderão utilizar meios alternativos de resolução de disputas e, ao litigar, o farão de forma responsável, usando a melhor estratégia processual e organizando o processo de modo a torná-lo o mais eficiente possível.

Nessa linha de ideias, é preciso compreender a produção antecipada de provas como um instituto absolutamente novo, dissociado da cautelaridade e da necessidade de urgência na produção da prova, como exigia o CPC/1973, e pensado da perspectiva dos princípios da colaboração e da eficiência do processo, matérias que serão objeto do Capítulo 1.

Para isso, será preciso, inicialmente, analisar a produção antecipada da prova do ponto de vista da jurisdição e das normas fundamentais do processo civil.

Em seguida, no Capítulo 2, abordaremos os aspectos do direito probatório que dizem respeito ao objeto do trabalho, como a importância de prova na resolução de conflitos, os destinatários da prova e o princípio da máxima eficiência dos meios probatórios.

Com base nas premissas e conclusões dos Capítulos 1 e 2, no Capítulo 3 serão abordadas as funções da produção antecipada de provas no sistema processual brasileiro, e as consequentes vantagens de sua utilização, seus limites e riscos.

A dinâmica do procedimento da produção antecipada de provas será objeto do Capítulo 4, onde trataremos dos aspectos procedimentais, definindo, entre outros temas, seu objeto, flexibilidade procedimental, a natureza jurídica das decisões proferidas no processo e, por fim, como deve ser o exercício do contraditório nesse procedimento e qual é seu sistema recursal.

Dentro dessa ordem, o objetivo é apresentar o instituto de uma nova ótica, com maior amplitude e flexibilidade, demonstrando sua relevância estratégica no cenário do processo civil moderno. Chegou a hora de pensar o processo de acordo com os princípios da eficiência e da organização. É como diz o jornalista Fernão Lara Mesquita, “o Brasil não tem que resolver este ou aquele problema. Tem é que mudar o seu jeito de resolver problemas”².

É esse o objetivo deste estudo.

² Coluna “Mudar o Jeito de Resolver Problemas”, publicada no jornal Estado de S. Paulo, em 20 de fevereiro de 2017.

1. Produção Antecipada da Prova, Jurisdição e Normas Fundamentais do Processo Civil

1.1. Jurisdição e Produção Antecipada da Prova

Segundo Arruda Alvim, “o Direito confundia-se, de início, com as regras da moral, religião e convivência. Paulatinamente, porém, foram-se isolando as normas jurídicas e, exclusivamente com elas, foram-se construindo os sistemas jurídicos-positivos”³.

Em paralelo a esse desenvolvimento, os Estados passaram a vedar a autotutela e a deter o monopólio na resolução de conflitos. Assim, como aponta Cândido Dinamarco⁴, “os atos proibidos de autotutela são substituídos pela atividade do juiz, que, serenamente e com imparcialidade, verifica se o sujeito tem ou não razão e, por ato seu, propicia-lhe a obtenção do bem na primeira hipótese”.

Esse método de o Estado resolver conflitos ocorre por meio da jurisdição, a qual se diferencia da autotutela,

por seu caráter imparcial e pela final imperatividade de que se reveste. Tendo ele razão, o exercício da jurisdição pelo juiz propicia-lhe o bem em substituição à atividade omitida pelo réu ou proibida a ele. Se a razão estiver com o réu, à resistência deste o Estado acrescenta a sua própria, vedando ao autor novos atos de tentativa de obter o bem (coisa julgada)⁵.

No Estado moderno, a jurisdição se coloca como uma de suas funções essenciais, tendo como objeto solucionar conflitos entre os jurisdicionados: todas as pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado, vinculadas àquele Estado. Ou seja, como aponta José Frederico Marques⁶, a jurisdição decorre da necessidade estatal de compor/solucionar os litígios através do processo. Isso porque,

no se concibe la existencia del grupo social, si sus miembros se encuentran en permanente estado de guerra. La lucha privada, lejos de facilitar la convivencia humana, produce la disgregación y el aislamiento, situación ésta en la que seguramente nunca han vivido los hombres, - que si Hobbes concibió ese status naturae, lo fué como una

³ In Manual de Direito Processual Civil. 17ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 96.

⁴ In Instituições de Direito Processual Civil, vol. I. 8ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016, p. 455.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, Vol. I. 8ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016, p. 455.

⁶ Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 213.

*mera ficción filosófica y no como un hecho histórico. De ahí que la coexistencia de los intereses de todos, se hay sentido la necesidad de evitar o resolver los conflictos de los particulares*⁷⁻⁸.

O conceito tradicional de jurisdição passou por diversas modificações ao longo do tempo, tendo sido inicialmente cunhado por Chiovenda, segundo o qual a jurisdição podia ser definida como

*la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la sustitución, por la actividad de los órganos públicos, de la actividad de los particulares o de otros órganos públicos, sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley, sea al hacerla prácticamente efectiva*⁹⁻¹⁰.

Depois, entre os conceitos clássicos, Carnelutti passou a definir a jurisdição como a atuação do Estado para a justa composição da lide¹¹, definição que, entre nós, parece ter sido adotada por José Frederico Marques¹².

Liebman, que teve grande influência na doutrina brasileira, definiu jurisdição como “a atividade dos órgãos do Estado destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada relação jurídica”¹³.

Em todas essas definições, às quais poderiam ser somadas inúmeras outras, é possível identificar que a linha mestra que as conecta é o fato de a jurisdição atuar para

⁷ LASCANO, David. *Jurisdicción y competencia*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1941, p. 9.

⁸ “Não é possível conceber a existência de um grupo social, se seus membros estão em permanente estado de guerra. A luta privada, longe de facilitar a coexistência humana, produz desintegração e isolamento, uma situação em que os homens certamente nunca viverão - se Hobbes concebeu esse *status naturae*, o fez como uma mera ficção filosófica e não como um dado histórico. Desse modo, havendo a necessidade de coexistência dos interesses de todos os integrantes do grupo social, houve a necessidade de se evitar ou, ao menos, solucionar os conflitos.” (em tradução livre do autor)

⁹ *In* Instituciones de Derecho Procesal Civil, V. II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1940, p. 1/2.

¹⁰ “A função do Estado que tem como finalidade a aplicação da vontade concreta da lei através da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de indivíduos ou mesmo de outros órgãos públicos, ou, ainda, afirmando a existência da vontade de a lei, de modo a torná-la eficaz.” (em tradução livre do autor)

¹¹ Cf. CARNELLUTI, Francesco. *Sistema de Derecho Processal Civil*. Buenos Aires: UTEHA Argentina, 1944.

¹² “O processo, como instrumento compositivo de litígios para a justa aplicação do direito, exige uma autoridade estatal com a função de realizar essa composição, dando a cada um o que é seu. É preciso que o direito objetivo se aplique à pretensão que qualifica o conflito como lide, através de terceiro desinteressado, que tenha o poder de julgar o litígio e de impor a vontade concreta da lei às partes em contenda. Essa função de julgar a lide ou pretensão, dando a cada um o que é seu, constitui jurisdição.” *In* Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 213.

¹³ *Manual de Direito Processual Civil*, 3ª Ed. Vol. I. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 23.

a solução do conflito, aplicando o direito no caso concreto¹⁴⁻¹⁵, ou seja, no âmbito do processo de conhecimento.

De fato, tal como aponta Cândido Rangel Dinamarco,

“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*”¹⁶.

Entretanto, a atividade declaratória (de dizer o direito)¹⁷ não se mostra suficiente, pois, atualmente, é inegável que o órgão jurisdicional cria direito ao proferir decisão¹⁸⁻¹⁹.

Assim, como diz Antônio do Passo Cabral²⁰:

La giurisdizione è anche in una certa misura creativa, costruendo o ricostruendo il senso della norma nello stesso procedimento della sua interpretazione ed applicazione. D'altra parte, la rivalutazione della giurisprudenza come fonte di diritto, come si evince dalla vincolabilità

¹⁴ “Qualunque soggetto, pubblico o privato, si affermi titolare di un diritto soggettivo che sia contestato da altri o chi intenda esercitare un diritto soggettivo e ne sia impedito dal comportamento di altri, può chiedere al giudice ordinario che intervenga, a seguito di un procedimento e nelle forme processuali prestabilite, per tutelare e quindi proteggere il diritto stesso. Chiedere la tutela del diritto significa esigere che un giudice, nell'esercizio di un potere di diritto pubblico e con la facoltà coercitive che gli sono attribuite dalla legge, pronunci quei provvedimenti di particolare efficacia che il soggetto, nella sua piena autonomia, ritenga adeguati alla realizzazione del contenuto del diritto” (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michelle. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Mulino. 1998, p. 97).

¹⁵ No mesmo sentido: MARQUES, José Federico. *Ensaio Sobre a Jurisdição Voluntária*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1959, p. 54.

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, Vol. I. 8ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016, p. 462.

¹⁷ Nessa teoria, “O direito nada mais era do que a lei, isto é, do que a norma geral e preexistente a ser aplicada aos casos concretos. Ao juiz bastaria aplicar a norma geral criada pelo legislador. Criação e aplicação, aí, separavam-se nitidamente” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, vol. 1. 2ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 100).

¹⁸ “O juiz é criativo quando se afasta de padrões estabelecidos, em precedentes ou em leis escritas, tal como vinham sendo compreendidos antes, ou da procura, com base em padrões decisórios menos nítidos, de soluções para situações empíricas ‘novas’. Esse afastamento é vocacionado a significar evolução do direito. Por evolução do direito, queremos significar incremento de sua função de servir à sociedade, o que supõe que esteja adaptado às suas reais necessidades, segundo certo grau elevado de consenso (ethos dominante)” (ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 126).

¹⁹ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

²⁰ *In Per un nuovo concetto di giurisdizione*. Scritti in onere de Nicola Picardi, T. 1. Pisa: Pacini Giuridica, 2016, p. 371.

*che i precedenti giurisprudenziali hanno acquisito, mostra anche un altro sviluppo di questa stessa tendenza.*²¹

Modernamente, portanto, não há como se compreender a jurisdição sem considerar a capacidade criativa dos tribunais²², ainda mais em face da disciplina de precedentes judiciais prevista no Código de Processo Civil vigente.

Além da questão da criação do direito, a qual está intimamente relacionada com a característica primária do conceito tradicional de jurisdição – o acertamento do direito no caso concreto –, já há algum tempo a definição de jurisdição passou a incluir, também, “os atos com que, independentemente da vontade do obrigado ou mesmo contra sua vontade manifesta, o juiz busca propiciar ao credor a efetiva obtenção do bem sonegado”²³.

A atuação jurisdicional no processo de conhecimento, local em que tradicionalmente ocorre o chamado acertamento do direito, passou a se mostrar insuficiente para a resolução dos conflitos. A parte que vencia o litígio, na maioria das vezes, precisava buscar nova atuação do Judiciário, agora com o objetivo de exigir o cumprimento da decisão proferida no processo de conhecimento.

Essa segunda provocação consistia no chamado processo de execução, no qual atos de coerção, constrição e expropriação patrimonial são praticados com o objetivo de ver cumprida a decisão proferida no processo de conhecimento ou de fazer cumprir determinada obrigação prevista em título executivo extrajudicial.

No processo de execução (ou na fase de cumprimento de sentença), inicialmente, a doutrina entendia não haver jurisdição, tratando-se de expediente administrativo. Para esses autores, a atividade jurisdicional se limitava à atividade

²¹ “A jurisdição também é, em certa medida, criativa, constrói ou reconstrói o sentido da norma no mesmo procedimento que a interpreta e aplica. Por outro lado, a reavaliação da jurisprudência como fonte de direito, como pode ser visto a partir da vinculação que os entendimentos jurisprudenciais anteriores adquiriram, também mostra outra vertente do desenvolvimento dessa tendência.” (em tradução livre do autor)

²² “A jurisdição é função criativa. Essa criatividade é ilimitada. Na verdade, mas se assemelha a uma atividade de reconstrução: recria-se a norma jurídica do caso concreto, bem como se recria, muita vez, a própria regra abstrata que deve regular o caso concreto” (DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. 19ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 177).

²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, Vol. I. 8ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016, p. 462.

declaratória²⁴, de dizer o direito no caso concreto, não englobando qualquer ato mandamental (ordem), mesmo que exarado por autoridade judiciária.

Entretanto, como é possível perceber,

de nada adiantaria a simples manifestação do Estado dizendo o direito. É imprescindível que sua atividade se complete por meio da efetivação do direito declarado. Por isso mesmo, o art. 4º do CPC/2015 diz ser garantido a todos o ‘direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa’²⁵.

Assim, os atos executivos do juiz passaram a compor o conceito de jurisdição, o que, hoje, é aceito com tranquilidade pela doutrina. A jurisdição deixou de ser classificada como a função estatal de *dizer o direito* para ser entendida como a função estatal que tem como função *resolver/solucionar* o conflito.

Dessa nova perspectiva, o conceito de jurisdição se tornou mais amplo, passando a abarcar, também, os atos executivos praticados pelo magistrado no curso do processo.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr. define jurisdição como:

a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstrutivo) (c), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisões insuscetíveis de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g)²⁶⁻²⁷.

²⁴ Tal conceito de jurisdição remonta ao direito romano. Segundo Francesco de Martino, “*la nozione strettamente tecnica di iurisdictio, nel senso di un singolo e specifico atto del processo, si è perduta nella terminologia usuale, così nelle fonti giuridiche dell’impero, il vocabolo non indica più una parte della funzione del magistrato nel processo formulare, ma tutta la funzione, cioè un ius dicere nel senso ampio. Ma anche così, la parte sostanziale della concezione originaria è conservata. Ius dicere o iurisdictio comprende tutti gli atti diretti alla costituzione del processo, designandoli con il loro carattere più eminente, la dichiarazione del diritto. Infatti, il valore fondamentale ed originario di iurisdictio come dichiarazione del diritto si è mantenuto in più testi*”. In *La giurisdizione nel diritto romano*, 1937, p. 149.

²⁵ ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*. 17ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 96.

²⁶ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 19ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 173. Acerca da posição do professor baiano, é preciso ressaltar nosso entendimento no sentido de que a arbitragem possui natureza jurisdicional, e o item “e” da definição cunhada pelo professor e acima transcrita parece entender de forma diversa, ao indicar como pressuposto indispensável para a existência de jurisdição a insuscetibilidade de controle externo, o que não ocorre na arbitragem, à luz da previsão do art. 32 da Lei de Arbitragem, que prevê a possibilidade de ajuizar ação anulatória de sentença arbitral perante o Poder Judiciário.

²⁷ No mesmo sentido, colocando a resolução de conflitos como cerne do conceito de jurisdição, podemos citar a definição de Cândido Rangel Dinamarco e Antônio Carlos Marcato, respectivamente: “função do Estado, destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos” (*in* *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I. 8ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016, p. 453) e “a jurisdição é atividade estatal, exercida por meio do processo instaurado por iniciativa da

É preciso, no entanto, a nosso ver, ir além e repensar a amplitude da jurisdição, tendo como linha mestra a ideia de que o escopo principal da jurisdição é resolver conflitos do modo mais eficiente possível.

Nesse sentido, é preciso considerar, como faz Arruda Alvim, que:

em princípio, o estudo do Direito Processual Civil destinava-se ao exame de consecução deste objetivo pela via judicial, até porque preponderava o entendimento, hoje bastante questionado, de que a função jurisdicional deveria ser exclusiva dos entes estatais. Mais modernamente, no entanto, observa-se considerável evolução de outros mecanismos de solução de conflitos, tais como a arbitragem, a mediação e a conciliação, que escapam à via estritamente judicial²⁸⁻²⁹.

Essa percepção traz, como aponta o autor³⁰, reflexos no conceito de jurisdição³¹, que deve passar a considerar essas técnicas de resolução de conflitos e a se pautar na resolução eficiente dos mesmos.

E não parece haver dúvida de que o meio mais eficiente de solucionar um conflito é evitar que ele se resolva de forma contenciosa. Assim, a prevenção de litígios, longe de se afastar da jurisdição, deve passar a compor seu núcleo, pois é o meio mais eficiente de cumprir com seu objetivo principal.

parte interessada na solução de determinado litígio, tendo por escopo a realização, em concreto, da vontade da lei. Suas características são a inércia, a substitutividade, a imperatividade, a inafastabilidade, a indelegabilidade e a imutabilidade” (*in* Procedimentos Especiais. 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 6).

²⁸ ARRUDA ALVIM. Manual de Direito Processual Civil. 17ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 107.

²⁹ No mesmo sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel aponta que “é muito forte a consciência de que não só por atos de terceiros se pode obter a solução de conflitos (juízes – árbitros – heterocomposição), mas também mediante a busca de entendimento pelos próprios sujeitos conflitados, com a participação de certos agentes facilitadores, que são o conciliador e o mediador (autocomposição). A arbitragem, a conciliação e a mediação constituem no direito moderno objeto de muita atenção da doutrina, com reflexos no direito positivo e, em alguma medida, também na experiência cotidiana”²⁹.

³⁰ “Há reflexos, no próprio conceito de jurisdição, decorrentes do crescente interesse na autocomposição e em meios consensuais de resolução de conflitos. O CPC/2015, nessa medida, apresenta uma série de dispositivos que permitem concluir por uma preferência – ou uma intenção fortemente manifestada – nas soluções não conflitivas” (ARRUDA ALVIM. Manual de Direito Processual Civil. 17ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 107).

³¹ Ada Pellegrini Grinover chegou a considerar todos os meios alternativos de resolução de disputas como partes da jurisdição, tendo cunhado a seguinte definição para o instituto: “função, atividade e garantia. E, sobretudo, seu principal indicador é o da garantia ao acesso à Justiça, estatal ou não, e seu objetivo é pacificar com justiça” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2016, p. 20).

É nesse escopo que a produção antecipada da prova se mostra como uma das ferramentas mais úteis para cumprir o objetivo principal da jurisdição, pois ou ela evita o litígio ou permite que ele seja resolvido de forma mais eficiente.

Entretanto, como aponta Antônio do Passo Cabral³², a ação de produção antecipada da prova não se encaixa plenamente no conceito tradicional de jurisdição, razão pela qual, a nosso ver, tal conceito deve ser revisto.

O ponto central que justifica essa mudança é compreender que, em inúmeros casos, a situação conflituosa deriva da grande incerteza sobre determinados fatos e suas consequências jurídicas, como já apontava José Frederico Marques na década de 1960³³.

Assim, é preciso que atuações judiciais, cujo objetivo é retirar essa incerteza das partes, passem a ser enquadradas no conceito de jurisdição, entre elas³⁴, com ainda mais razão, a produção antecipada da prova, pois além de contribuir para a não ocorrência do litígio, pode, nos casos em que isso não se mostrar possível, contribuir para que a solução do conflito seja mais eficiente, viabilizando a utilização de meios alternativos de resolução de conflitos e, quando não for o caso, um processo estatal mais eficiente³⁵.

Vale destacar que o próprio regramento de precedentes judiciais previsto no CPC tem como uma de suas principais funções retirar incertezas do mundo jurídico, evitando o ajuizamento de processos e incentivando a utilização de meios alternativos de resolução de conflitos, ao estabelecer como determinada questão deve (e será) julgada em

³² *Ricordiamo qui i procedimenti probatori ante causam, già tanto studiati nella dottrina mondiale (ed ora incorporati nel Codice di Processo Civile Brasileiro 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? (Per un nuovo concetto di giurisdizione. Scritti in onere de Nicola Picardi, T. 1. Pisa: Pacini Giuridica, 2016, p. 372).*

³³ “A atuação do Estado, nessa tarefa complementar de impor a norma agendi, é consequência de situação contenciosa. Derivada ou da incerteza sobre relações da vida em que incide a ordem jurídica, ou resultante de afirmativa da violação desta pela prática de atos lesivos a interesses juridicamente tutelados” (Instituições de Direito Processual Civil. Vol. I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, p. 216).

³⁴ Sobre essas medidas, além da produção antecipada da prova, há a atuação do Poder Judiciário como órgão de consulta, tal como já existe entre nós no processo eleitoral, como bem aponta Antônio do Passo Cabral (*Per un nuovo concetto di giurisdizione. Scritti in onere de Nicola Picardi, T. 1. Pisa: Pacini Giuridica, 2016, p. 372*).

³⁵ Nicola Picardi aponta que, modernamente, o poder do juiz deixou de ser analisado da perspectiva do caso concreto, passando a ser analisado como estrutura, ou seja, como função organizadora da justiça (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2008, p. 24).

casos futuros. Ou seja, uma das grandes utilidades desses provimentos judiciais é trazer segurança jurídica³⁶ para o jurisdicionado, permitindo que ele saiba qual pauta de conduta é correta e deve ser seguida.

Nesse sentido, é possível perceber que os precedentes (para os casos futuros), guardadas as devidas proporções, têm função análoga à produção antecipada da prova. A diferença é que os precedentes atuam de forma geral e têm como objeto questões eminentemente de direito, enquanto a produção antecipada da prova é específica para o caso concreto e tem como objeto os fatos.

Não há dúvida, entretanto, que, apesar de ambos os institutos não se enquadrarem no conceito tradicional de jurisdição, são ferramentas extremamente úteis para evitar litígios e, quando isso não for possível, torná-los mais eficientes³⁷.

³⁶ “A decisão judicial – desde que assentada à interpretação como outorga de sentido ao texto e como reconstrução da ordem jurídica – abre a oportunidade para que a partir dela a doutrina realize um duplo discurso: um discurso voltado para o caso concreto e um discurso para a ordem jurídica. O primeiro constitui direito fundamental da parte e compõe o núcleo duro do direito ao processo justo (arts. 5º, LIV, e 93, IX, da CF/1988 (LGL\1988\3)). O segundo é de ordem institucional, está estruturado para promover a unidade do direito e visa à realização da segurança jurídica, da igualdade e da coerência normativa. Vale dizer: fundamentação e precedente são dois discursos jurídicos, com endereços e funções distintas, a que dá azo à decisão judicial no Estado Constitucional” (MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente – Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial. Revista de Processo, vol. 206/2012, p. 61-78, abr. 2012).

³⁷ Daniel Amorim Assumpção Neves traz alguns exemplos nesse sentido: “1. No procedimento sumário documental do mandado de segurança, diferente do que entende parcela da doutrina, a prova não precisa ser documental, mas sim documentada, de forma que a produção anterior de prova de qualquer natureza poderia satisfazer a exigência probatória desse procedimento especial; 2. Na coisa julgada *secundum eventum probationis*, exige-se para a repropósito da ação coletiva a existência de uma prova nova, que poderia ser produzida por meio de ação autônoma, o que evitaria o desenvolvimento de ações coletivas repetidas e não fundadas em prova nova; 3. Em razão do princípio da eventualidade e da congruência, o juiz está adstrito à causa de pedir narrada pelo autor, sendo que nem sempre o autor tem a exata dimensão dos fatos jurídicos que embasam sua pretensão; nesse caso, a ação probatória autônoma evitaria o prejuízo de uma tardia determinação fática durante um processo já objetivamente estabilizado; 4. Na hipótese de litisconsórcio alternativo o autor não tem certeza de quem deve ser o réu, formando um litisconsórcio para que se descubra no próprio processo qual dos réus tem legitimidade passiva; essa definição muitas vezes decorre de uma melhor determinação do conjunto fático, o que poderia ser realizado por meio da ação probatória autônoma; 5. A realização de conciliação é mais provável e de melhor qualidade quando as partes têm uma noção mais exata dos fatos jurídicos que fundamentam o conflito de interesses, o que pode ser obtido por meio da ação probatória autônoma; 6. Segundo o art. 286, II do CPC caberá pedido genérico quando for impossível ao autor a fixação do valor de seu dano no momento de distribuição da petição inicial. Havendo necessidade de prova pericial, ainda que a jurisprudência venha admitindo o pedido genérico, o ideal seria permitir uma ação probatória autônoma para a produção da prova técnica com o posterior ingresso da ação com pedido certo e determinado” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/acoes-probatorias-autonomas/4765>. Acesso em 4 de abril de 2018, às 10h23).

Nicola Picardi, autor italiano que dedicou boa parte de seus estudos à jurisdição, ao analisar as atividades do Estado, cunhou a seguinte expressão: “a jurisdição é a vocação de nosso tempo”³⁸.

Diante da hipertrofia do Judiciário e da, cada vez maior, judicialização dos conflitos, não resta dúvida de que a assertiva é verdadeira.

Pensar a jurisdição e o processo com os olhos voltados exclusivamente ao passado é ignorar essa realidade. É preciso estudar o passado, com os olhos no futuro; repensar o fenômeno da jurisdição diante dos desafios de nosso tempo, sob pena de não se alcançar seu objetivo mais básico: a solução de conflitos.

Como diz Cândido Dinamarco, “o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais”³⁹.

É dentro dessa linha de pensamento que, hoje, boa parte da doutrina, com a qual concordamos, entende haver caráter jurisdicional na arbitragem, pois se trata de instrumento hábil a solucionar conflitos, preservando os direitos e garantias das partes.

O novo conceito de jurisdição deve, ainda, considerar a ampliação do autorregramento da vontade das partes na resolução da controvérsia e na definição das regras processuais aplicáveis a seu caso. Essa mudança, que segundo anota Antônio do Passo Cabral⁴⁰ se apresenta como tendência na maioria dos ordenamentos jurídicos, infirma, novamente, a definição clássica de jurisdição, deixando claro que a grande linha

³⁸ In *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2008, p. 9.

³⁹ In *Instrumentalidade do processo*, p. 385.

⁴⁰ “*Bisogna infine sottolineare ancora una chiara tendenza contemporanea: quella di fomentare l'autocomposizione e conferimento di poteri ai litiganti, visto che aumentano sempre più gli spazi in cui la loro volontà è sufficiente per produrre effetti giuridici. In questo senso è in crescita anche l'autonomia delle parti nel definire persino le regole del procedimento che il giudice deve applicare. Gli accordi o convenzioni processuali, che sempre più vengono popolarizzati e adottati nella prassi e nella legislazione comparata (p. es. l'art.190 del CPC brasiliano del 2015), sono la maggior espressione dell'accettazione dell'autoregolamento della volontà. Non solo nell'arbitrato, oppure attraverso la conciliazione la mediazione extragiudiziali – dove l'autocomposizione sui diritti sostanziale era ormai riconosciuta – ma anche nel processo statale, le parti possono definire le regole processuali applicabili al caso. In questo contesto sarebbe corretto dire che il giudice applica la regola legale? O che la giurisdizione corrisponderebbe formalmente ad un'attività etero compositiva o sostitutiva?*” (In *Per un nuovo concetto di giurisdizione*. Scritti in onore de Nicola Picardi, T. 1. Pisa: Pacini Giuridica, 2016, p. 370).

mestra deve ser a de solucionar os conflitos, preservados, é claro, os direitos e as garantias fundamentais das partes.

Atualmente, portanto, é preciso empregar maior amplitude no conceito tradicional de jurisdição, o qual passa a englobar todos os meios, legalmente aceitos e que preservem os direitos e garantias fundamentais, para solucionar conflitos do modo mais eficiente possível, entre eles a produção antecipada da prova⁴¹.

1.2. Natureza Jurídica da Produção Antecipada da Prova

Ao tratar da natureza jurídica da produção antecipada da prova, em linha com o que se defendeu no item 1.1 acima,

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 demandado⁴².

⁴¹ Nesse sentido, Flávio Luiz Yarshell afirma que: A atividade desencadeada pelo exercício do direito à prova, com os contornos positivados pelo CPC de 2015, envolve a verificação e a demonstração de fatos, desenvolvida pelo juiz (ou árbitro) e pelas partes. Trata-se efetivamente de típica atividade jurisdicional e não meramente administrativa. 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. Está presente também o caráter substitutivo: não obstante as relevantes possibilidades de pré-constituição da prova pelas partes sem a intervenção estatal, isso nem sempre basta. Assim, a presença de um terceiro imparcial contribui para preservar a validade e a eficácia dos elementos colhidos, assim como para maior credibilidade do resultado. Além disso, a antecipação da prova desvinculada do perigo é também instrumento apto à consecução do escopo social da jurisdição, na medida em que contribui para soluções de autocomposição, aptas a propiciar a eliminação da controvérsia e a consequente pacificação social. Produzida na forma estatuída pelo CPC de 2015, a prova antecipada não se dirige propriamente a formar o convencimento do juiz, mas das partes. Isso sem prejuízo de que, posteriormente, a prova seja aproveitada quando do julgamento da controvérsia (YARSHELL, Flávio Luiz. Breves comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed. 2017, p. 1.157).

⁴² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Ações Probatórias Autônomas. São Paulo, Editora Saraiva, 2008, p. 9/10.

Depois, é preciso separar as duas modalidades de produção antecipada da prova que o código *parece* trazer, a modalidade com urgência e a modalidade sem urgência.

Satisfazendo as exigências formais, em uma primeira leitura do Código vigente, as ações de produção antecipada da prova serão classificadas pela sua urgência.

Ocorre, entretanto, como será demonstrado a seguir, que a distinção entre as espécies de produção antecipada da prova se tornou irrelevante na vigência do CPC/2015.

De todo modo, para fundamentarmos esse ponto de vista, passaremos a demonstrar como a doutrina tratou as “duas” espécies de produção antecipada da prova, tendo identificado entre elas sensíveis diferenças, além da natureza jurídica distinta.

Nesse sentido, trataremos em primeiro lugar da modalidade com urgência, aparentemente prevista no inciso I do art. 381 do CPC, e que tem como objetivo principal a conservação de determinado *meio* de prova, possuindo, portanto, à primeira vista, natureza cautelar⁴³, como já observava Piero Calamandrei⁴⁴.

Segundo o mestre florentino, tem lugar essa modalidade de produção antecipada da prova quando,

en vista de un posible futuro proceso de cognición, se trata de fijar y conservar ciertas resultancias probatorias, positivas o negativas, que podrán ser utilizadas después en aquel proceso en el momento oportuno. Normalmente tales providencias instructorias se adoptan en el curso del proceso ordinario, y forman parte del mismo; pero cunado, antes de que el proceso se inicie, existe motivo para temer que, si la providencia instructoria tardase, sus resultados podrían ser menos eficaces, ésta puede ser provocada inmediatamente a través de un procedimiento autónomo, que trata de prevenir el periculum in mora inherente al procedimiento ordinario eventual. Se suele entonces de conservación o aseguración de la prueba, teniendo presentes aquellos casos en los que la providencia cautelar se dirige a adquirir

⁴³ Comentando sobre a cautelar de produção antecipada de provas no CPC/1973, cuja característica é análoga à da produção antecipada de provas com urgência no CPC, Christian Garcia Vieira afirmava que “realmente não há como não sustentar que a asseguarção da prova represente ato jurisdicional de natureza cautelar. Há nítida proteção do objeto sobre o qual se voltará a instrução da ação satisfativa. Ademais, além de constituir interesse estatal para o correto cumprimento do seu múnus em entregar a tutela jurisdicional, também representa a proteção do direito da parte em valer-se de todas as provas possíveis” (CALAMANDREI, Piero. Asseguarção de Prova. São Paulo, Editora Saraiva, 2011, p. 44).

⁴⁴ CALAMANDREI, Piero. Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945, p. 52/53.

*preventivamente datos probatorios positivo, que, con el correr del tiempo, se haría imposible, o más difícil, recoger*⁴⁵⁻⁴⁶.

A doutrina chegou a divergir acerca da natureza cautelar dessa modalidade de produção antecipada, com o argumento de que a medida não protege o próprio resultado útil do processo; ela é apenas um meio a ser utilizado no processo. Acontece, entretanto, que a medida assegura material probatório que servirá para embasar a própria e eventual sentença do processo em que o objeto será a declaração do direito.

Assim, “a ação cautelar não está ligada somente ao resultado final, mas aos meios necessários para que o processo alcance bom termo. A proteção da prova contribui justamente como instrumento a ser utilizado na realização desse fim”⁴⁷.

A natureza cautelar da medida se mostrava ainda mais clara quando se analisa a assegução da prova da perspectiva do contraditório, da ampla defesa e, notadamente, do devido processo legal. Observe-se que um processo em que a parte não tenha condições de provar suas alegações é um processo sem os mencionados princípios e no qual as garantias fundamentais não terão lugar.

Como afirmado por Nelson Nery Jr.⁴⁸,

o órgão julgador deve dar a mais ampla possibilidade de o litigante manifestar-se no processo. Significa, ainda, poder acompanhar e participar da colheita da prova, de modo a poder, *in continenti*, fazer a contraprova, por exemplo, reperguntando para a testemunha. 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 a contraprova do que tiver sido alegado pela outra parte.

⁴⁵ CALAMANDREI, Piero. Introducción al Estudio Sistemático de las Providenciales Cautelares. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945, p. 52/53.

⁴⁶ “Em vista de um eventual processo futuro de cognição, trata-se de estabelecer e preservar certos resultados probatórios, positivos ou negativos, que podem ser usados mais tarde nesse processo de cognição. Normalmente, tais providencias instrutórias são realizadas no curso do processo ordinário e fazem parte dele; mas quando antes de o processo de cognição se iniciar há motivos para temer que, se a ordem processual instrutória demorar mais, seus resultados possam ser menos efetivos, a parte pode buscar o mesmo resultado de forma imediata por meio de um procedimento autônomo, visando combater o *periculum in mora* inerente ao eventual procedimento ordinário. Ocorre, então, via de regra, a preservação da prova, levando em conta aqueles casos nos quais a medida autônoma objetiva adquirir prova positiva, que, ao longo do tempo, se tornaria impossível, ou mais difícil, coletar.” (tradução livre do autor).

⁴⁷ VIEIRA, Christian Garcia. Assegução de Prova. São Paulo, Editora Saraiva, 2011, p. 44.

⁴⁸ *In* Princípios do Processo na Constituição Federal. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 246.

Ou seja, a produção antecipada da prova fundamentada na urgência assegura o devido processo legal no processo futuro, sendo, portanto, importante instrumento para impedir que exista falha no exercício do contraditório naquele processo; em outras palavras, para permitir o correto julgamento do caso concreto.

Por essa razão, a doutrina brasileira clássica, tal como Humberto Theodoro Junior⁴⁹ e Cândido Dinamarco⁵⁰, entendem que a produção antecipada da prova fundada na urgência (Cf. art. 381, inciso I, CPC) tem natureza cautelar.

Ainda sobre a natureza cautelar da medida, Daniel Amorim Assumpção Neves⁵¹ traz entendimento muito interessante, valendo-se da clássica lição de Chiovenda, de que o processo deve dar ao vencedor exatamente aquilo que seria obtido caso o vencido tivesse adimplido voluntariamente com sua obrigação. O autor sustenta que as medidas cautelares em geral e a produção antecipada de provas em especial podem atuar no sentido de fazer com que a parte, ao tomar conhecimento da prova, retirando a incerteza a respeito do fato, possa adotar medidas que não adotaria, caso a prova ainda não tivesse sido produzida, tais como, cumprir a obrigação ou propor acordo.

⁴⁹ “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” (*in* Curso de Direito Processual Civil, vol. I. 58ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 940).

⁵⁰ “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-se então a produção antecipada de provas como um meio destinado a precaver o sujeito e seu possível direito contra o *periculum in 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 conhecimento geral, esse escopo de conservação é uma das mais profundas características essenciais das medidas cautelares” (*In* Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III. 7ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2017, p. 114).

⁵¹ “É plenamente possível defender a tese de que, ao ser obtida uma tutela cautelar e ao ser cumprida a obrigação voluntariamente, dispensando-se o processo principal, de alguma forma a tutela cautelar terá auxiliado, não para que o resultado do processo seja útil e eficaz, já que esse processo nem mesmo existirá, mas para que, no plano prático, tenha-se gerado situação idêntica àquela que se busca classicamente com a tutela cautelar, qual seja, a preservação efetiva do direito material. De maneira indireta, portanto, sempre que uma tutela dita cautelar – tendente a preservar a eficácia e utilidade do resultado do processo final – auxilia de alguma forma uma solução extrajudicial, terá também, apesar da ausência do processo principal, servido para garantir a preservação e plena efetividade do direito material da parte. Não terá sido o instrumento do instrumento do instrumento, mas pode servir, de maneira indireta, para levar o sujeito à satisfação de seu direito material. Tal situação se verifica com maior clareza nas cautelares probatórias, porque, nessa espécie de demanda judicial, a obtenção da prova de determinados fatos – em tese favoráveis ao requerente, titular do direito material – poderá levar o requerido a adotar determinada postura que não adotaria diante da incerteza fática anterior” (*in* Ações Probatórias Autônomas. São Paulo, Editora Saraiva, 2008, p. 26/26).

Note-se que essa situação, que no CPC/1973 era possível, a princípio, apenas nos casos de urgência⁵², tornou-se agora possível, em qualquer situação, ante a possibilidade de produção antecipada da prova sem o requisito da urgência, de cuja natureza jurídica passaremos a tratar daqui em diante.

No que diz respeito à natureza jurídica da produção antecipada da prova sem o requisito da urgência, é importante observar que nesse processo se veicula pedido de tutela jurisdicional próprio e absolutamente desvinculado de eventual e posterior processo onde se discuta a declaração acerca do direito material⁵³, o que denota que se trata de verdadeiro exercício do direito de ação⁵⁴.

52 Vale dizer que a produção antecipada da prova em razão de urgência é historicamente prevista no Direito brasileiro, e já era prevista nas Ordenações Afonsinas, as quais, em seu livro III, Título 61, §7 e 8, diziam que: §7 “se o Autor ante da demanda começada requerer ao Julgador, que lhe sejam perguntadas alguuãs testemunhas sobre a cousa que entende de demãdar, alegziando que ditas testemunhas sam muito velhas, ou enfermas de grande enfirnidade, ou sam encaminhadas pera hir a outra parte fora da terra, e que seus ditos sejam assy cerrados por merzoria ao diante até que com Direito sejanz abertas, e pubricadas, deve-as Julgador mandar perguntar, sendo ele primeiramente emformada da dita velhice, ou infirmitade, ou loumgua ausencia, como dito he, e sendo outro sy a parte contraria citada, para veer como juram, em sua pessoa, se poder ser achada, senam á porta de sua casa, prezento soa molher, ou vizinhança, que lho ajam de notificar.” § 8 “E se por parte do Reo for feito semelhante requerimento, ainda que as testemunhas nam sejam velhas, nem enfermas, nem esperem ser absentes, seram perguntadas em todo caso, sendo a pessoa citada para ver como juram, em sua pessoa, ou em sua casa, e as inquirições farradas, assy como dito he no requerimento feito por parte do Autor; porque elle Reo nom he certo quando lhe será feita a demanda, nem está em seu poder de lhe ser feita tarde, ou cedo, e se lhe assy nom fossem perguntadas as testemunhas em todo tempo por elle requerido, poderiam falecer ao tempo de demanda feita, e assy ligeiramente pereceria seu direito”. Tais disposições foram, em sua essência, reproduzidas nas Ordenações Manuelinas em seu Livro III, Título 42, §6 e §7; foram também reproduzidas nas Ordenações Filipinas, em seu Livro III, Título 55, §7 e §8. Na mesma esteira, havia tal espécie de previsão no regulamento 737 de 1850, que previa em seu art. 178 que: “Art. 178. 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. Por fim, o CPC/1939 também continha previsão análoga no art. Art. 676., que estabelecia que “As medidas preventivas poderão consistir: V – na exibição de livro, coisa ou documento (arts. 216 a 222); VI – em vistorias, arbitramentos e inquirições ad perpetuam memoriam”.

⁵³ Cf. TALAMINI, Eduardo. Produção Antecipada de Provas no Código de Processo Civil de 2015. Revista de Processo, vol. 260/2016, p. 75-101, out./2016.

⁵⁴ “O direito à prova, com os contornos aqui delimitados, pode ser entendido como abrangido pelo próprio direito de ação. Não se trata, é certo – e como se procurou demonstrar –, de desdobramento idêntico ao que pode ser feito em relação ao direito de provar. Esse último, como visto, está ligado essencialmente ao processo cujo objeto é a declaração do direito; e, se e quando a produção for requerida de forma antecipada, seu pressuposto será mesmo a urgência. A prova, no contexto do direito de provar, é pensada como um dos direitos enfeixados pela concepção analítica da ação e também da exceção, e não como a autonomia que aqui se preconiza” (YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência. São Paulo: Malheiros Editores, p. 69)

Trata-se, ainda e em regra, de procedimento de jurisdição contenciosa, pois, como diz Eduardo Talamini, se insere, ainda que indiretamente, no âmbito de um conflito, cuja solução não é seu escopo imediato⁵⁵⁻⁵⁶.

Consiste, portanto, em verdadeira demanda, procedimento jurisdicional contencioso, desvinculada e absolutamente autônoma de eventual e futuro processo onde se pretenda declaração do direito material.

Vale destacar que o próprio CPC, ao afirmar no §1º do art. 382 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”, reconhece que, em regra, há caráter contencioso.

Há de se observar que o caráter contencioso pode derivar não só do direito material sobre o qual as partes se relacionam, mas também, de forma independente, da própria produção antecipada, já que pode haver controvérsia sobre a produção da prova e seus limites⁵⁷.

Não será de se estranhar que haja controvérsia, por exemplo, sobre a necessidade ou a licitude de se exhibir determinado documento, sobre o qual pode incidir regra de sigilo profissional ou, ainda, nos casos em que contenha informações sigilosas e/ou protegidas por direitos de propriedade intelectual.

⁵⁵ “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 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 Provas no Código de Processo Civil de 2015. Revista de Processo, vol. 260/2016, p. 75-101, out./2016).

⁵⁶ No mesmo sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III. 7ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2017, p. 113.

⁵⁷ Ainda na vigência do CPC/1973, Gilberto Domingues da Silva afirmava que: “o próprio processo e produção antecipada de prova, 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 – RJRS, março/abril de 1983, vol. 98, p. 97).

Ademais, pode haver controvérsia quanto à extensão e aos limites da instrução antecipada, o que se mostra corrente em países de tradição anglo-saxã, onde se discutem os elevados custos do *discovery*⁵⁸ e onde se desenvolveu a teoria do *fishig expedition*⁵⁹ – que merecerá item próprio neste trabalho –, a qual tem como escopo impedir que as partes abusem do direito autônomo à prova para obter informações sigilosas e/ou segredos comerciais.

Pode haver, portanto, um conflito subjacente na produção antecipada da prova sem o requisito da urgência, o que justifica entendê-lo como de caráter contencioso⁶⁰.

Humberto Theodoro Junior parece entender de forma diferente, ao sustentar que não há “feitio contencioso imediato”⁶¹ no processo de produção antecipada da prova. Segundo ele, ao que parece, o caráter contencioso ficará latente e dependerá de como as partes se comportarão para se configurar.

Entretanto, ousamos divergir desse posicionamento, pois, a nosso ver, o que realmente importa para classificar determinada demanda como sendo de caráter contencioso é o seu potencial. Nesse sentido, basta observar que em qualquer processo o réu pode comparecer aos autos e concordar juridicamente com o pedido; entretanto, essa possibilidade não retira o caráter contencioso daquele processo.

Pode haver, contudo, situações nas quais a produção antecipada da prova possua natureza de procedimento de jurisdição voluntária. Na linha do que defende

⁵⁸ Com inúmeras diferenças, o instituto que se assemelha à produção antecipada da prova do Direito brasileiro.

⁵⁹ *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 "fishig expedition," is a common practice in litigation. As a result, the plaintiffs conduct, because of the cost associated with overdiscovery, "may well force the [defendant] City of Philadelphia, lacking in sufficient funds, to accept an unfair settlement, or force settlement of an unmeritorious claim.' The judge found the plaintiffs requests to be repetitive and indifferent to either costs or alternative sources of information* (NICHOLLS, Jennifer. A Proportional Response: Amending the Oregon Rules of Civil Procedure to Minimize Abusive Discovery Practices, 89 Or. L. Rev. p. 1455/1456, 2011).

⁶⁰ GLASNER, William A., em obra dedicada exclusivamente à produção antecipada da prova no direito norte-americano, separa um capítulo completo aos conflitos existentes ao longo desse procedimento (Pretrial Discovery and the adversary system. Russel Sage Foundation. Printed by Connecticut printers, 1968, p. 117-161).

⁶¹ *In* Curso de Direito Processual Civil, vol. I. 58ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 943.

Leonardo Greco⁶², com o qual concordamos, essas situações ocorrerão quando a própria relação subjacente de direito material estiver vinculada a procedimento de jurisdição voluntária.

Cabe uma ressalva: mesmo nesse último caso, a produção antecipada pode vir a ter caráter contencioso quando a parte, que, por exemplo, estiver na posse de documento que se pretenda ver exibido, questionar a necessidade da exibição ou alegar seu sigilo. Assim, mesmo em tal hipótese, há um conflito em potencial que pode ou não se concretizar.

A importância em compreender bem a natureza jurídica dessa modalidade de produção antecipada da prova está intimamente relacionada com a necessidade de estabelecer uma interpretação conforme a constituição dos dispositivos legais que regulam o instituto.

Isso porque o legislador acabou por criar situações aparentemente inconstitucionais⁶³, ao estabelecer no §4º do art. 382, por exemplo, que “não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário”.

⁶² “Os procedimentos probatórios podem ser contenciosos ou voluntários, o que também se aplica a este procedimento do código de 2015, consoante o §1º do artigo 382, que dispensa a citação dos interessados se inexistir caráter contencioso. Muitas vezes a natureza contenciosa ou voluntária do procedimento probatório dependerá da própria natureza do processo principal, ao qual eventualmente poderá servir, se já delineado no momento de seu ajuizamento” (Instituições de processo civil, vol. II, 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 128).

⁶³ A tentativa de se vedar, abstratamente, a apresentação de defesa não sobrevive, no ordenamento jurídico brasileiro, a uma *leitura constitucional* do processo. O entendimento é fundado na necessidade de se efetivar a garantia constitucional do contraditório também no processo de produção antecipada de provas. A caracterização da sentença como a de *epilogo de um devido processo* (Fazzalari) carrega dentro de si a necessidade de se conferir à parte a possibilidade efetiva de influir no convencimento do órgão julgador. Esse é o verdadeiro sentido e alcance do princípio esculpido no inciso LV do art. 5º da CF. As alegações apresentadas pelas partes, portanto, detêm o poder de *condicionar* a decisão a ser proferida pelo magistrado. O pedido de *antecipação* enseja a constituição de um processo e, portanto, exige a observância ao primado do contraditório, com todas as possibilidades que ele carrega (MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LAUX, Francisco; RAVAGNANI, Giovanni; RODRIGUES Felipe Roberto; APRIGLIANO, Ricardo; FERREIRA, William Santos. A Defesa na Produção Antecipada de Provas – Uma leitura constitucional do artigo 382, §4º, do novo CPC, publicado em 14 de setembro de 2016 no portal Migalhas, disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245536,41046A+Defesa+na+Producao+Antecipada+de+Prova+s+Uma+leitura+constitucional>. Acesso em 1 de março de 2018, às 12h26).

Não bastasse, tal classificação gera diversos outros reflexos, como, por exemplo, na divisão dos custos do procedimento e em relação a honorários advocatícios, o que será abordado em item próprio.

Ainda, vale dizer que inserir a produção antecipada da prova no direito positivo sem o requisito da urgência (CPC, art. 311, II e III) significa colocar fim a inúmeros problemas vivenciados na vigência do código revogado, quando se estava diante de produção antecipada de provas que exigia a existência de urgência.

Nesse sentido, como é possível extrair da doutrina e da jurisprudência produzidas à época do código revogado, grande parte das discussões acerca da admissibilidade ou inadmissibilidade da produção antecipada versava sobre a efetiva necessidade de assegurar a produção de determinado meio de prova.

Naquela época, por exemplo, sustentava-se que a assegução de prova testemunhal dependia de que a testemunha estivesse enferma, possuísse idade elevada, laborasse em atividade de risco de vida, de modo que haveria risco em aguardar o momento próprio – na fase instrutória do processo “principal” – para ouvi-la.

Por essa razão, de um lado o autor da ação cautelar de produção antecipada da prova tinha o dever de comprovar esse risco de perecimento da prova e, de outro lado, o réu poderia combater esses argumentos, sustentando a inexistência desse mesmo risco. Por fim, a presença do risco era fato determinante para que o juiz admitisse ou inadmitisse a produção da prova⁶⁴.

Nesse sentido, Christian Garcia Vieira afirmava, na vigência do CPC/1973, que: “o cabimento [da produção antecipada da prova] está condicionado à demonstração do perigo na demora, e a admissibilidade, interesse e relevância da prova com relação ao direito sustentado pela parte e o eventual e futuro juízo de mérito”⁶⁵.

Ocorre que, com a inserção no direito positivo da hipótese de produção antecipada sem o requisito da urgência, todo esse debate se tornou inócuo, afinal, supondo

⁶⁴ “Não pode ser admitida a ação cautelar de assegução quando a parte tiver o objetivo de apenas levantar material probatório para a ação principal, independentemente do perigo de perda da prova” (VIEIRA, Christian Garcia. *Assegução de Prova*. São Paulo, Editora Saraiva, 2011, p. 111).

⁶⁵ *Assegução de Prova*. São Paulo, Editora Saraiva, 2011, p. 120.

que em ação de produção antecipada da prova fundada no inciso I do art. 381 do CPC (aquela que “exige”, em tese, urgência) o juiz se convença de que não há risco de perecimento da prova, ainda assim ele poderá (deverá) deferir a produção da prova com base nos demais incisos do dispositivo.

Essa seria a consequência lógica da incidência do princípio da eficiência – e até do controverso “princípio” da primazia do julgado do mérito, uma vez que há direito autônomo à prova –, pois, caso o juiz negasse a produção da prova pelo fundamento de que não há urgência, o autor, imediatamente, reproporia a demanda, dessa vez com base na hipótese de produção sem o requisito da urgência, e alcançaria o mesmíssimo resultado.

Por esse motivo, parece-me que toda a discussão acerca de admitir/inadmitir a produção da prova em razão de haver (ou não) urgência deixou de ser relevante na vigência do CPC/2015.

Mais ainda, sequer haveria a necessidade de existir uma espécie própria para a produção antecipada da prova com o requisito da urgência – bastaria que houvesse previsão de que “é cabível tutela provisória em sede de produção antecipada da prova”.

Essa solução, que a nosso ver parece mais adequada, iria ao encontro da técnica legislativa adotada na confecção do CPC/2015, que colocou fim à tipicidade cautelar para privilegiar um sistema mais flexível e baseado na atipicidade. Desse modo, a solução adotada é tecnicamente adequada e compatível com a existência do chamado direito autônomo à prova.

Por essa razão, ao que tudo indica, deixa de haver duas espécies de produção antecipada da prova, passando a existir uma única espécie – aquela cujo objetivo é tutelar o direito autônomo à prova – onde é cabível a concessão de tutela provisória, em suas regulares hipóteses previstas nos artigos 293 a 310 do CPC, o que resolve qualquer problema relacionado à urgência na produção da prova.

Concluimos, portanto, que a produção antecipada da prova tem natureza de demanda contenciosa autônoma, e seu procedimento admite a concessão de tutela provisória, seja ela antecedente ou incidental.

Com isso, deixa de existir a chamada “produção antecipada da prova com o requisito da urgência”, pois, se o direito positivo passou a admitir o direto autônomo à prova sem exigir tal requisito, não faz sentido defender a existência de modalidades distintas – e uma delas exige a presença de um requisito extra (a urgência) para permitir a produção da prova.

Nesse novo cenário, o que faz sentido é permitir a produção da prova em qualquer hipótese (desde que preenchidos os requisitos mínimos de legitimidade e pertinência), e a questão da urgência terá relevância unicamente para determinar o momento da produção da prova: havendo urgência, a produção poderá se dar antes, mediante a concessão de tutela provisória, mesmo de forma antecedente, caso seja necessário; não havendo urgência, a produção da prova se dá no tempo normal.

Essa nova visão simplifica o instituto e, conseqüentemente, o acesso à prova, retirando do centro do debate a questão da urgência, para que ela deixe de determinar *se* a prova deve ou não ser produzida, passando a determinar, nesse novo cenário, apenas *quando* a prova será produzida.

1.3. Normas Fundamentais do Processo Civil com Aplicação Preponderante na Produção Antecipada de Prova

O Código de Processo Civil prevê em seus primeiros 12 artigos (Livro I, Título Único, Capítulo I) as “Normas Fundamentais do Processo Civil”. Trata-se de importante novidade introduzida pelo código, que, ao sistematizar tais normas fundamentais, permitiu maior acesso aos princípios e parâmetros hermenêuticos que regem o processo e segurança sobre eles.

É bastante claro, todavia, que as normas fundamentais sempre foram aplicáveis ao processo civil, pois decorrem da própria Constituição Federal. Entretanto, a despeito disso, é louvável a inserção desse capítulo ao código para fins didáticos⁶⁶.

⁶⁶ “O caráter didático de cada um daqueles onze artigos, contudo, é inegável e merece, por isso mesmo, ser enaltecido e bem compreendido para viabilizar uma interpretação e uma aplicação do CPC de 2015 – e, repito, de todo direito processual civil –, mais harmônico com os valores do Estado constitucional

No âmbito do presente trabalho, que não tem como objeto precípua o estudo de normas fundamentais, limitaremos nosso estudo àquelas que julgamos ter eficácia preponderante na produção antecipada de provas e na organização do processo, e só para apresentar as razões pelas quais entendemos que tais normas ocupam essa função.

Nesse sentido, não se está a desprezar a importância e a eficácia das demais normas fundamentais do processo, as quais também incidem sobre o objeto deste trabalho, mas apenas e tão somente a realizar importante corte metodológico para tratar daquelas normas que entendemos possuir relação mais próxima com o objetivo proposto.

Assim, entre todas as normas fundamentais do processo, vislumbramos que três princípios têm maior relevância para o objeto deste trabalho: a eficiência, o contraditório e a colaboração.

1.3.1. Eficiência

Quando se fala de eficiência no processo, historicamente, o primeiro princípio que surge é o da celeridade.

Há um nítido desejo por um processo jurisdicional célere e efetivo. Entretanto, tal como diz José Carlos Barbosa Moreira⁶⁷, “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”.

É dentro dessa linha de pensamento que se deixa de ter como parâmetro a “celeridade” e se passa a considerar o “direito à razoável duração do processo”, o qual compõe expressamente nosso ordenamento jurídico desde 1992, a partir do pacto de São

brasileiro” (SCARPINELLA BUENO, Cássio. Manual de Direito Processual Civil. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 99).

⁶⁷ *In* O FUTURO DA JUSTIÇA: ALGUNS MITOS. Revista de Processo, vol. 102/2001, p. 231, abr.-jun./2001.

José da Costa Rica (art. 8º, 1)⁶⁸, tendo-se consolidado com a Emenda Constitucional n. 45/2004⁶⁹.

Todavia, tal como anota Alexandre Câmara⁷⁰, adotaram-se medidas e propuseram-se interpretações que, embora de um lado acelerassem o desenvolvimento do processo, acabavam por violar direitos e garantias fundamentais do jurisdicionado, culminando em um processo rápido, mas com alto risco de injustiça.

O que se vislumbra nesse contexto é que o conceito de “razoável duração do processo”, pelo menos com os contornos estabelecidos entre nós, é insuficiente para solucionar os problemas vivenciados no processo civil.

De nada adianta um processo célere, mas que viole os direitos e as garantias fundamentais; de nada adianta um processo célere que venha a dar ensejo a inúmeros outros recursos e processos autônomos em razão de sua falta de qualidade.

Há, portanto, que se encontrar um equilíbrio entre qualidade e celeridade. É dessa necessidade que se coloca a necessidade de empregar o princípio da eficiência no processo civil⁷¹. Assim, o processo será eficiente se conseguir obter os melhores resultados com o menor dispêndio de tempo e recursos possível.

Para tratar desse tema, é imprescindível fazer uma *brevíssima* incursão no direito administrativo, onde tal princípio foi objeto de diversos estudos e trabalhos. Isso porque, como diz Cássio Scarpinella Bueno, o processo civil é um ramo do direito

⁶⁸ “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.”

⁶⁹ Que inseriu o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, o qual tem a seguinte redação: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

⁷⁰ *In* O Direito à Duração Razoável do Processo: Entre Eficiência e Garantias. Revista de Processo, vol. 223/2013, p. 40, set./2013.

⁷¹ “A expressão eficiência não é exatamente sinônima do termo eficácia, guardando em relação a este apenas um sentido restrito qualificativo de especialidade. Eficiência, do latim *efficientia*, portanto, deve ser entendida restritivamente como a ação, força ou virtude de produzir um determinado efeito (eficácia), ao menor custo *lato sensu* possível. Por consequência, o parâmetro da eficiência só pode ser medido pelo correto cálculo do custo necessário para a produção do efeito desejado e jamais pela simples produção do resultado final (eficácia)” (FRIEDE, Roy Reis. EFICIÊNCIA: UM IMPERATIVO PARA O PODER JUDICIÁRIO. Revista de Processo, vol. 68/1992, p. 59, out.-dez./1992). No mesmo sentido: CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. O princípio da Eficiência no Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p. 3.

público, pois seu objeto é o estudo da atuação do Poder Judiciário, o que exige que sua análise se dê da perspectiva da Constituição Federal⁷²⁻⁷³.

Sendo o Poder Judiciário um dos ramos da administração pública e a resolução de conflitos por meio do processo um serviço público⁷⁴⁻⁷⁵, não há como negar a incidência, no processo civil, do art. 37 da Constituição Federal, o qual prevê que os entes da administração pública devem atuar sempre de forma eficiente⁷⁶.

Nesse contexto, o que se espera,

é que se estabeleçam metas, persigam-se objetivos claramente delineados, tendo, sempre, a finalidade de obter-se a administração pública ótima, assegurando-se excelência na prestação dos serviços a serem prestados aos indivíduos e à coletividade, tudo de acordo com o menor custo possível⁷⁷.

No âmbito do Poder Judiciário, não há como negar que o Conselho Nacional de Justiça vem estabelecendo diversas metas e buscando tornar o processo jurisdicional mais eficiente. Entretanto, os dados e métricas utilizados revelam que a

⁷² In Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 1. (arts. 1º a 317). Cássio Scarpinella Bueno (Coord.). São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 21.

⁷³ Sobre o tema Fabiano Carvalho, valendo-se das lições do italiano Riccardo Guastini, escreve que “a constitucionalização do ordenamento jurídico é caracterizada como um processo em expansão a partir do pós-guerra. Porém, no Brasil, o fenômeno é mais recente, porque, apenas depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, a ‘constitucionalização do direito’ tornou-se expressão de uso comum na linguagem de nossos juristas. Embora seu conceito não tenha um significado unívoco e permanente, pode-se dizer que a constitucionalização do direito é um processo de transformação, mediante o qual o ordenamento jurídico é totalmente impregnado por normas constitucionais. (...). Essa tendência invasiva das normas constitucionais esteve presente na elaboração do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 16.03.2015), que situou – definitivamente – o sistema processual em confluência com a constituição” (CARVALHO, Fabiano. *O princípio da eficiência no processo coletivo: Constituição, microssistema do processo coletivo e novo Código de Processo Civil*. In Ação Civil Pública após 30 anos. Édis Milaré (coord.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 271).

⁷⁴ Cf. REDONDO, Bruno Garcia. Adequação do Procedimento pelo Juiz. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 111.

⁷⁵ Nesse sentido, na França: Loïc Cadiet e Emmanuel Jeuland afirmam que: “*En tout cas, personne ne contestera que rendre la justice est un des attributs de la souveraine étatique, l’une des fonctions étatiques, ce qui conduit à donner à la justice la forme d’un service public. De cette nature singulière, découle un ordonnance judiciaire – c’est-à-dire un ensable d’organes juridictionnels – qui respecte les principes de fonctionnement du service public*” (CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit Judiciaire Privé*. 9ª édition. Paris: LexisNexis, 2016, p. 41).

⁷⁶ “No direito brasileiro, a exigência de eficiência da atividade estatal está prevista no art. 37 da CF/1988 (LGL\1988\3). Não obstante faça o texto constitucional expressa referência à função administrativa, este princípio constitucional se aplica também aos órgãos que administram justiça. E isso porque toda e qualquer atividade estatal – administrativa ou não – deve ser exercida de modo eficiente” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Direito à Duração Razoável do Processo: Entre Eficiência e Garantias*. Revista de Processo, vol. 223/2013, p. 39-53, set./2013.

⁷⁷ PESTANA, Márcio. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010, p. 236.

grande preocupação dessas metas é diminuir o tempo de duração do processo e não a qualidade da tutela jurisdicional⁷⁸⁻⁷⁹.

Essa realidade é evidenciada por Alexandre Câmara que, ao analisar os dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2011, chegou a conclusões alarmantes, as quais podem ser ilustradas no exemplo por ele apresentado:

O STJ, em 2011, proferiu 229.518 decisões que tiveram por efeito a extinção de processos. Isto significou 6.955 decisões por magistrado com assento naquele tribunal. É preciso, porém, saber ler esses resultados. Imagine-se que cada magistrado que atua no STJ tenha trabalhado 300 dias por ano (o que é um número exagerado, caso se considere que se forem excluídos os finais de semana – e sem considerar qualquer feriado, férias ou dias de recesso – o ano teria 251 dias úteis). Nessa hipótese cada magistrado teria proferido 27,7 decisões por dia. Admitindo-se, apenas por hipótese, que cada Ministro tenha trabalhado 9 horas ininterruptas por dia, sem parar sequer um minuto, e se limitando a examinar processos e proferir decisões (o que é evidentemente falso, bastando lembrar que durante uma sessão de julgamento, enquanto um magistrado profere seu voto os outros se limitam a ouvir), cada um deles teria examinado os autos e redigido a decisão em aproximadamente três processos por hora. Em outras palavras, aproximadamente 20 minutos para cada processo. É evidente que esses números indicam que há algo de estranho na estatística. Ou não representam exatamente a realidade (havendo, por exemplo, processos examinados e decisões proferidas não pessoalmente pelo magistrado, mas por sua assessoria), ou as decisões são proferidas sem qualquer compromisso com a qualidade, tornando-se a quantidade de pronunciamentos judiciais o único valor relevante⁸⁰.

No que diz respeito ao Poder Judiciário, o princípio da eficiência sempre foi atrelado a sua organização e função administrativa⁸¹, sendo sua aplicação no processo judicial pouco estudada.

⁷⁸ Das oito metas apresentadas pelo Conselho Nacional de Justiça em 2016, apenas uma demonstra preocupação com a eficiência do processo, qual seja, a meta 3, que prevê aumentar o número de casos resolvidos por meio de conciliação. Metas do Conselho Nacional de Justiça disponíveis em http://www.cnj.jus.br/files/publicacoes/arquivo/55c4fb5d3c220c5aa8f1e799f1844bed_a859ac7309f9ae62dc7d229721a69ac1.pdf, consulta dia 6 de março de 2018, às 18h44.

⁷⁹ Vale destacar que “a existência de erros compromete a eficiência do processo, uma vez que haverá retrabalho (ou reprocesso) das atividades executadas incorretamente, fazendo com que sejam gastos mais recursos do que se a atividade fosse, simplesmente, executada corretamente da primeira vez” (MIYAKE, Dario Ikuo; RAMOS, Alberto W. Desenvolvendo Indicadores de Produtividade e Qualidade em Hospitais: Uma Proposta de Método. Produto & Produção, vol. 11, n. 2, p- 67-84, jun./2010, p. 73).

⁸⁰ In O Direito à Duração Razoável do Processo: Entre Eficiência e Garantias. Revista de Processo, vol. 223/2013, p. 40, set. 2013.

⁸¹ Cf. CARVALHO, Fabiano. *O princípio da eficiência no processo coletivo: Constituição, microssistema do processo coletivo e novo Código de Processo Civil*. In Ação Civil Pública após 30 anos. Édis Milaré (coord.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 272.

Alterando essa realidade, o CPC/2015 prevê em seu art. 8º, entre as chamadas Normas Fundamentais do processo, o princípio da eficiência. Tal previsão é importante para mostrar a necessidade de incidência do princípio no processo jurisdicional e representa verdadeira mudança de paradigma⁸²⁻⁸³⁻⁸⁴.

Não resta dúvida, portanto, que:

o Poder Judiciário deve racionalizar, otimizar, e tornar mais eficiente a atividade jurisdicional. A eficiência processual parece, na verdade, um meio para se atingir a finalidade do prazo razoável do processo. O juiz deve buscar sempre otimizar as técnicas processuais (meio) com o objetivo de solucionar o mérito em prazo razoável (fim)⁸⁵.

Ocorre que, para definir como tornar o processo mais eficiente, é preciso antes definir qual o objetivo final do processo, pois sendo a eficiência um conceito instrumental é necessário compreender qual o objetivo desse instrumento.

Nesse sentido, Michele Taruffo afirma que, de forma bastante simplificada e sintética, o objetivo do processo pode ser definido: “A) como una pura resolución de controversias, o B) como una resolución de controversias mediante decisiones justas”⁸⁶⁻⁸⁷.

A questão que se coloca, portanto, é saber qual objetivo se pretende alcançar com maior eficiência. Em nosso sistema, ao que indicam as metas no CNJ acima discutidas, a preocupação preponderante é solucionar conflitos de forma célere e não propiciar boas decisões.

⁸² Vale destacar que, desde 1994, o princípio da eficiência já era expressamente previsto no art. 2º da Lei do Processo Administrativo, Lei Federal n. 9.784/1999.

⁸³ “Não há qualquer previsão da aplicação desse princípio no âmbito do processo judicial, muito embora haja dispositivo que estabeleça sua observância no processo administrativo federal. O projeto do novo CPC traz, então, uma novidade, transportando para o processo judicial um princípio que está previsto para a atuação da Administração Pública” (CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro. Revista de Processo, vol. 233/2014, p. 65-84, jul./2014).

⁸⁴ Cf. CARVALHO, Fabiano. O princípio da eficiência no processo coletivo: Constituição, microssistema do processo coletivo e novo Código de Processo Civil. In Ação Civil Pública após 30 anos. Édis Milaré (coord.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 272.

⁸⁵ FONSÊCA, Victor. Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. 1. (arts. 1º a 317). Cássio Scarpinella Bueno (Coord.). São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 95.

⁸⁶ TARUFFO, Michele. Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil. *Páginas sobre justicia civil*. Marcial Pons, 2009, p. 247.

⁸⁷ “A) como pura resolução de controvérsias, ou B) como resolução de controvérsias por meio de decisões justas” (tradução livre do autor)

Entretanto, esse não é o melhor caminho, pois somente com uma preocupação conjunta entre tempo (celeridade) e qualidade é que será possível alcançar os verdadeiros objetivos da jurisdição.

Assim, ao que parece, não deve haver dúvida de que devemos buscar um processo célere e “justo” (decisões qualitativamente melhores); devemos buscar tornar o processo eficiente para que esses dois objetivos sejam alcançados com o menor gasto de tempo e dinheiro.

Dentro dessa linha de pensamento, Michele Taruffo afirma que *“un sistema procesal es eficiente cuando es razonablemente rápido y económico, pero también cuando está estructuralmente orientado a alcanzar decisiones completamente informadas, correctas y fiables, en todos los aspectos de la controversia”*⁸⁸⁻⁸⁹.

Sintetizando essa conclusão, Fabiano Carvalho aponta que “os elementos da eficiência processual são: tempo, custo e qualidade da decisão final”⁹⁰.

O problema que se coloca, no entanto, diz respeito a quais instrumentos utilizar para encontrar esse equilíbrio entre tempo e qualidade, vetores que devem ser pensados e contemplados conjuntamente e não como ideias e modelos contrapostos de um processo⁹¹.

⁸⁸ TARUFFO, Michele. Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil. *Páginas sobre justicia civil*. Marcial Pons, 2009, p. 248.

⁸⁹ "Um sistema processual é eficiente quando é razoavelmente rápido e econômico, mas também quando é estruturalmente orientado para produzir decisões plenamente fundamentadas, corretas e confiáveis, em todos os aspectos da controvérsia." (tradução livre do autor).

⁹⁰ CARVALHO, Fabiano. O princípio da eficiência no processo coletivo: Constituição, microsistema do processo coletivo e novo Código de Processo Civil. In *Ação Civil Pública após 30 anos*. Édis Milaré (coord.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 274.

⁹¹ Michele Taruffo aponta que quando se busca a eficiência nesses dois vetores *“las cosas son mucho más complejas: por una parte, incluso en este caso el tiempo y el dinero necesarios para llegar a la resolución de la controversia son importantes, dado que el desperdicio de tiempo y dinero es ineficiente en cualquier proceso judicial. Por otra parte, los factores relativos a la calidad del contenido de la decisión final también deberían tenerse en cuenta. Para ser justa, una decisión tiene que estar basada en una adecuada, completa y justa presentación de los aspectos jurídicos del caso por cada una de las partes, y una decisión correcta, completa y, en lo posible, verdadera acerca de los hechos discutidos, basándose en una evaluación imparcial de la prueba”* (TARUFFO, Michele. Oralidad y escritura como factores de eficiencia en el proceso civil. *Páginas sobre justicia civil*. Marcial Pons, 2009, p. 248).

Esse modelo – de processo eficiente – decorre diretamente da cláusula do devido processo legal⁹². É nessa cláusula que está contida a ideia de um processo que prestigia as garantias fundamentais do processo, entre as quais está a de obter a tutela jurisdicional adequada e em um prazo razoável⁹³.

Ou seja, a necessidade de um processo jurisdicional eficiente não é recente – já que decorre da própria cláusula do devido processo legal –, mas, como se percebe pelas críticas feitas pela doutrina ao longo do tempo⁹⁴, o princípio da eficiência precisa ser revisitado e compreendido com base nas necessidades atuais do processo⁹⁵.

Nesse sentido, entendemos que a eficiência consiste em verdadeiro princípio jurídico⁹⁶, considerado como tal de acordo com a teoria de Humberto Ávila⁹⁷, a qual adotamos neste trabalho.

Atualmente, ninguém duvida que o processo precisa ser mais eficiente. A questão que se coloca hoje é *como* tornar o processo mais eficiente.

Sobre esse ponto, a doutrina vem entendendo que a criação de mecanismos de julgamentos repetitivos e a flexibilização procedimental são as grandes ferramentas

⁹² Cf. CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro. Revista de Processo, vol. 233/2014, p. 65-84, jul./2014.

⁹³ “Não se trata de escolher entre um processo célere ou um processo capaz de produzir resultados justos. Impende, isso sim, buscar a construção de um sistema de prestação de justiça capaz de produzir resultados justos da forma mais eficiente possível. Não há processo civil que seja, ao mesmo tempo, moroso e eficiente. Mas não há, tampouco, processo civil que seja eficiente, mas não produza resultados justos. Afinal, como visto, não há eficiência que conduza a resultados qualitativamente ruins. Significa isso dizer, portanto, que a garantia de duração razoável do processo deve ser vista como um dos elementos formadores de um modelo constitucional de processo civil que busca a produção dos resultados – qualitativamente bons, perdoe-se a insistência – a que o processo civil se dirige” (CÂMARA, Alexandre Freitas. O Direito à Duração Razoável do Processo: Entre Eficiência e Garantias. Revista de Processo, vol. 223/2013, p. 39-53, set. / 2013).

⁹⁴ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. Revista de Processo, vol. 102/2001, p. 231, abr.-jun./2001.

⁹⁵ Na Itália, por exemplo, a Constituição foi emendada em 1992 para constar que as partes têm direito a um “giusto processo”.

⁹⁶ Nesse sentido: CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. O princípio da Eficiência no Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, p. 61.

⁹⁷ In Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2012.

para tornar o processo mais eficiente⁹⁸. O tema do presente trabalho relaciona-se diretamente com essa segunda grande ferramenta: a flexibilização procedimental⁹⁹.

Nesse sentido, a produção antecipada da prova se coloca como uma ferramenta extremamente útil e eficaz para tornar mais eficiente a resolução do conflito.

Isso porque, em primeiro lugar, “o jurisdicionado poderá, antes de optar pela via judicial de accertamento de direitos, aferir, de maneira não contenciosa, se há elementos que confirmem a existência de fato que lhe seria gerador de direitos”¹⁰⁰. Tal lógica seria utilizada ainda no processo de execução, onde a parte poderia, por exemplo, valer-se da produção antecipada da prova para verificar se o devedor possui bens, evitando o risco de despender vultosos recursos para ajuizar demanda executiva fadada ao insucesso.

Conclusão essa que também se observa no Direito Norte-Americano, como fica claro na seguinte passagem:

*proponents of discovery believe that justice and general satisfaction are best achieved if the litigants have full knowledge about the facts and issues. Cases will be settled and tried on their merits if each side secures all relevant information about its own position and acquires a full knowledge of the adversary*¹⁰¹⁻¹⁰²

Essa possibilidade – que em situações onde a prova não está disponível para a parte só pode se concretizar por meio da produção antecipada da prova –, quando utilizada, tem amplo potencial para tornar o litígio mais eficiente, pois, por exemplo, i) evita litígios frívolos e irresponsáveis, já que a parte saberá que a razão não lhe assiste; ii) poderá viabilizar a utilização de meio alternativo de resolução de conflitos, já que as

⁹⁸ Sobre o tema, vale destacar interessantíssimo trabalho de Dierle José Coelho Nunes e Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia, onde o próprio ensino jurídico brasileiro é apontado como uma das causas do *déficit* de eficiência no processo civil brasileiro. NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Eficiência Processual: Algumas Questões. Revista de Processo, vol. 169/2009, p. 116-139, mar./2009.

⁹⁹ Cf. REDONDO, Bruno Garcia. in Adequação do Procedimento pelo Juiz. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 108 e seguintes.

¹⁰⁰ MELLO, Rogério Licastro Torres de. In O Projeto de Novo CPC e a Ação Probatória Não Cautelar: Variações a Respeito do Tema. Revista de Processo, vol. 233/2014, p. 85, jul./2014.

¹⁰¹ GLASNER, William A. Pretrial Discovery and the adversary system. Russel Sage Foundation. Printed by Connecticut printers, 1968, p. 83.

¹⁰² “Os defensores do *discovery* acreditam que a justiça e a satisfação das partes são alcançadas em maior grau se os litigantes tiverem pleno conhecimento sobre os fatos e questões subjacentes ao conflito. Os processos serão resolvidos e julgados por seus próprios méritos se cada lado tiver acesso a todas as informações relevantes sobre sua própria posição, bem como do adversário.” (tradução livre do autor).

partes saberão os riscos que correrão no litígio¹⁰³; iii) havendo litígio, será viabilizada a utilização de técnicas para acelerar o procedimento (p. ex., Tutela da Evidência com base no art. 311, II, do CPC) e os limites cognitivos estarão delimitados, evitando que a instrução se estenda para searas improdutivas.

Assim, como é possível observar e como demonstraremos ao longo deste estudo, a produção antecipada da prova é importante instrumento para empregar eficiência no processo civil. E é nesse sentido que Edson Sunderland¹⁰⁴ afirma:

*It is probable that no procedural process offers greater opportunities for increasing the efficiency of the administration of justice than that of discovery before trial. Much of the delay in the preparation of a case, most of the lost effort in the course of the trial, and a large part of the uncertainty in the outcome, result from the want of information on the part of litigants and their counsel as to the real nature of the respective claims and the facts upon which they rest. 'False and fictitious causes and defenses thrive under a system of concealment and secrecy in the preliminary stages of litigation followed by surprise and confusion at the trial. Under such a system the merits of controversies are imperfectly understood by the parties, are inadequately presented to the courts, and too often fail to exert a controlling influence upon the final judgment.'*¹⁰⁵

Por todas essas razões, entendemos que a produção antecipada da prova é instrumento voltado à eficiência do processo, podendo contribuir – se bem utilizado – para um processo jurisdicional mais célere e com mais qualidade.

¹⁰³ “Isso porque o legislador parte de uma premissa, acertada em geral, de que, cientes do resultado da prova produzida (imagine-se, para facilitar, uma prova pericial que indique a responsabilidade de uma construtora por vícios construtivos encontrados em um edifício) as partes possuem melhores condições de fazer acordos” (RAMOS, Victor 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 – RePro, vol. 263/2017, p. 313-332).

¹⁰⁴ Em prefácio do livro “Discovery Before Trial” de George Ragland Jr., Chicago: Callaghan and Company, 1932, p. 3.

¹⁰⁵ “É provável que nenhuma outra ferramenta processual ofereça maiores oportunidades para aumentar a eficiência da administração da justiça do que o *discovery*. Grande parte do atraso na preparação de um caso, a maior parte do esforço perdido no decorrer do julgamento e uma grande parte da incerteza no resultado, resultam da falta de informação por parte dos litigantes e de seus advogados quanto a verdadeira natureza de suas reivindicações e os fatos sobre os quais elas repousam. Causas e defesas falsas prosperam sob um sistema de ocultação e sigilo nas etapas preliminares do litígio, seguidas de surpresa e confusão no julgamento. Sob tal sistema, os méritos das controvérsias são mal compreendidos pelas partes, são inadequadamente apresentados aos tribunais, e muitas vezes deixam de exercer a influência necessária sobre o julgamento final.” (tradução livre do autor)

1.3.2. Contraditório

O princípio do contraditório está no centro do rol de princípios e garantias fundamentais do processo¹⁰⁶⁻¹⁰⁷, e segundo anota Nelson Nery Junior, constou expressamente em todas as constituições brasileiras¹⁰⁸, desde a Constituição Imperial de 1824 até a Constituição Federal vigente.

No CPC, tal princípio está presente nos artigos 7º, 9º e 10, todos no capítulo que trata das “Normas Fundamentais” do processo civil.

Inicialmente, o contraditório era visto como o dever de o magistrado ouvir as partes antes do pronunciamento judicial e compreendido por meio do binômio informação-reação.

Entretanto, com o avanço dos direitos e garantias fundamentais, a compreensão do princípio do contraditório evoluiu, passando a se considerar que,

para que o acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV) seja pleno e efetivo, indispensável é que o litigante não só tenha assegurado o direito de ser ouvido em juízo; mas há de lhe ser reconhecido e garantido também o direito de participar, ativa e concretamente, da formação do provimento com que seu pedido de tutela jurisdicional será solucionado¹⁰⁹

Dessa nova perspectiva, o contraditório deixou de ser compreendido por meio do binômio *informação-reação* e passou a ser compreendido pelo trinômio *informação-reação-influência (ou consideração)*.

¹⁰⁶ “O princípio do contraditório, além de se constituir fundamentalmente em manifestação do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade as partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório” (NERY JUNIOR., Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 12ª ed., 2017, p. 242).

¹⁰⁷ No direito italiano, segundo anota Andrea Proto Pisani, “L’art. 101 enuncia il principio del contraddittorio (audiatur et altera pars) cio è un principio fondamentale del processo civile” (PROTO PISANI, Andrea. Lezioni di diritto processuale civile. Napoli: Jovene Editore, 2006, p. 200).

¹⁰⁸ In Princípios do processo na Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 12ª ed., 2017, p. 242.

¹⁰⁹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, vol. I. 58ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 86.

Ou seja, o que se vislumbra atualmente é que a parte não apenas tem o direito de ser ouvida, como tem o direito de que seus argumentos sejam considerados¹¹⁰ quando o órgão julgador prolatar a decisão, ainda que venha a rechaçá-los.

Dessa nova compreensão de contraditório – que deixa de ter uma faceta puramente formal (basta a oportunidade de ser ouvido) e passa a ter uma faceta substancial (exige que o órgão julgador enfrente os argumentos apresentados) –, é possível extrair diversas consequências, entre elas o direito de as partes comprovarem suas alegações¹¹¹.

Nelson Nery Junior afirma que o direito de produzir provas é uma das facetas do contraditório no processo e que as partes têm o direito de realizar a prova de suas alegações¹¹². E, nesse sentido,

se não se discute o direito de a parte prover o processo com as provas dos fatos que alega, não é menos verdade que a proteção cautelar da prova representa mecanismo indispensável à correta instrução do processo principal e, conseqüentemente, à instrumentalidade e garantia de justiça para a decisão final de mérito¹¹³

Fica clara, portanto, a importância da produção antecipada da prova quando há o risco de que ela pereça, pois permite que determinado material probatório relevante seja considerado quando do julgamento do caso.

¹¹⁰ “É que o contraditório, no contexto dos ‘direitos fundamentais’, deve ser entendido como o direito de influir, de influenciar, na formação da convicção do magistrado ao longo de todo o processo. (...) Justamente em função desta nova compreensão dos elementos ‘ciência’ ou informação é que o princípio do contraditório relaciona-se, intimamente, com a ideia de participação, com possibilidade de participação na decisão do Estado, viabilizando-se assim, mesmo que no processo, a realização de um dos valores mais caros para um Estado Democrático de Direito” (SCARPINELLA BUENO, Cássio. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, vol. 1. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 131).

¹¹¹ “Todo sistema processual é construído de modo a oferecer a cada uma das partes, ao longo de todo o procedimento, oportunidades para *participar pedindo, participar alegando e participar provando*. Oferecer-lhes *his day in court* é abrir-lhes portas para essa tríplice participação. (...) Para cumprir a exigência constitucional do contraditório, todo modelo procedimental descrito em lei contém e todos os procedimentos que concretamente se instauram devem conter momentos para que cada uma das partes *peça, alegue e prove* (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I. 8ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016, p. 345).

¹¹² “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 a contraprova do que tiver sido alegado pela outra parte. O destinatário da prova é o processo e não o juiz, de modo que não se pode indeferir a realização de determinada prova sob o 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.” *In* Princípios do processo na Constituição Federal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 242.

¹¹³ VIEIRA, Christian Garcia. Asseguração de Prova. São Paulo, Editora Saraiva, 2011, p. 70

Entretanto, a importância do instituto em face do princípio do contraditório não se limita a esse aspecto, pois, em processos com complexidade probatória, o direito de “provar suas alegações” não se mostra suficiente perante o princípio do contraditório. Em algumas situações, é preciso que a prova seja produzida para que a parte saiba qual deve ser sua alegação – que, tradicionalmente, ocorre antes da produção da prova.

Já não se pode afirmar, portanto, ser suficiente, da perspectiva moderna do princípio do contraditório, permitir que as partes produzam todas as provas que entendem necessárias para comprovar suas alegações.

Nesse sentido, em se tratando de processos com complexidade probatória, é preciso permitir que as partes, caso entendam necessário, tenham acesso ao material probatório antes de iniciado o litígio, pois somente dessa forma poderão construir suas argumentações e alegações de forma correta e embasada.

Essa afirmação foi confirmada em pesquisa empírica realizada nos Estados Unidos da América, com apoio da Suprema Corte, na qual advogados de autores e réus concluíram pelas vantagens da produção antecipada da prova (*discovery*) para construir seus casos¹¹⁴.

No processo civil brasileiro, onde a fase postulatória tem redobrada relevância diante do princípio da estabilidade da demanda, ao impedir que as partes alterem de forma substancial suas alegações no curso do processo, o conhecimento dos fatos de forma antecipada se mostra ainda mais importante.

Essa constatação está intimamente relacionada com o princípio do contraditório, pois se a *influência* da decisão jurisdicional está no centro desse princípio, é preciso que as partes tenham a condição de influenciar de maneira correta e *completa* o magistrado, formulando todas as alegações necessárias para defender sua posição, o que só ocorre se tiverem conhecimento aprofundado dos fatos quando da formulação de seus pedidos e de sua defesa.

¹¹⁴ GLASNER, William A. Pretrial Discovery and the adversary system. Russel Sage Foundation. Printed by Connecticut printers, 1968, p. 84.

Há de se considerar, ainda, a possibilidade de significativa discrepância de capacidade técnica e financeira entre as partes, de modo que uma delas possa ter acesso extrajudicial prévio aos meios de prova, mas a outra não. Esse desequilíbrio pode culminar em *déficit* de contraditório na fase postulatória, aquela na qual as partes têm a oportunidade de estabelecer os limites cognitivos do processo.

Se, entretanto, houver um procedimento jurisdicional para investigar e apurar fatos prévios – em que todos os instrumentos de acesso à justiça estarão à disposição das partes –, a demanda onde se discute o acertamento do direito, tal diversidade pode desaparecer ou ao menos *diminuir*.

Por essas razões, a produção antecipada da prova é importante instrumento para concretizar o princípio do contraditório no processo, devendo ser utilizada de forma responsável e sempre que o conflito estiver envolto em fatos que denotam complexidade do ponto de visto probatório.

1.3.3. Colaboração

O princípio da colaboração tem íntima relação com o princípio do contraditório, sendo, aos olhos de alguns, a própria evolução (ou transformação) desse princípio à luz do Estado Democrático de Direito, bem como dos direitos e garantias fundamentais.

É nesse sentido que Cássio Scarpinella Bueno afirma que o princípio da colaboração pode “ser entendido como o princípio do contraditório, inserido no ambiente dos direitos fundamentais, que hipertrofia a tradicional concepção dos princípios jurídicos como meras garantias dos particulares contra eventuais abusos do Estado na sua atuação concreta”^{115_116}.

Nessa mesma linha de pensamento, Daniel Mitidiero afirma que a ideia de um princípio da colaboração no processo civil deriva diretamente da Constituição que,

¹¹⁵ *In* Curso Sistematizado de Direito Processual Civil, vol. 1. 8ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 132.

¹¹⁶ No mesmo sentido: ARRUDA ALVIM. Manual de Direito Processual Civil. 17ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 248. E também: THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, vol. I. 58ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 81.

ao privilegiar a participação do cidadão na construção de soluções¹¹⁷, acolhe esse princípio.

Há, com a adoção desse princípio no ordenamento jurídico, uma verdadeira virada na forma como o processo civil é pensado, saindo de um modelo de absoluta contraposição das partes e afastamento do magistrado, para um modelo em que há colaboração mútua entre todos os atores do processo.

Essa colaboração mútua alça o princípio do contraditório a outro patamar, permitindo que as decisões dos tribunais sejam proferidas com maior legitimidade¹¹⁸, pois terão sido elaboradas com a participação de todos.

O princípio está escorado ainda na boa-fé objetiva, já que, como aponta Cândido Rangel Dinamarco, “a cooperação de cada uma das partes com o juiz constitui também um enérgico ditame do princípio da lealdade processual, que veda a prática de atos tendentes a dificultar a instrução da causa ou a retardar a efetivação de medidas constritivas na execução forçada”¹¹⁹.

A utilização de técnicas de colaboração entre as partes acrescenta também eficiência ao processo, pois se as partes têm o dever de litigar de forma colaborativa, os atos processuais serão praticados com maior agilidade, uma vez que a utilização de um método cooperativo evita a formação de nulidades e vícios no processo¹²⁰.

¹¹⁷ *In* Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 64.

¹¹⁸ “Ademais, a democracia participativa, tida mesmo como um direito fundamental de quarta dimensão, sugere a caracterização do processo como um espaço privilegiado de exercício direto de poder pelo povo. Nessa quadra, potencializa-se o valor das participações no processo, incrementando-se as posições jurídicas das partes no processo a fim de que esse se constitua firmemente como um democrático ponto de encontro de direitos fundamentais (arts. 1º, 7º, 9º e 10 do CPC/2015)” (MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 46).

¹¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. O novo Código de Processo Civil brasileiro e a ordem processual civil vigente. Revista de Processo, v. 247, p. 75, set./2015.

¹²⁰ Fredie Didier Jr. afirma que: “Trata-se de princípio que informa e qualifica o contraditório. A obediência ao princípio da cooperação é comportamento que impede ou dificulta a decretação de nulidades processuais - e, principalmente, a prolação do juízo de inadmissibilidade” (DIDIER JR., Fredie O Princípio da Cooperação: uma apresentação. Revista de Processo, vol. 127/2005, p. 75-79, set./2005, p. 75).

Assim, é preciso repensar a figura do magistrado, que deixa de ter um papel passivo no desenvolvimento do processo para adotar uma postura proativa¹²¹ – mas não autoritária –, passando a interagir com as partes na busca de um processo mais *eficiente*.

Há quem sustente que essa postura mais ativa do juiz se confundiria com uma postura parcial, já que dentro desse modelo de processo civil há espaço para que ele determine a prática de atos que possam beneficiar, ainda que indiretamente, uma das partes.

Entretanto, como afirma Daniel Mitidiero¹²², não há qualquer violação à vedação de imparcialidade pelo juiz. Muito pelo contrário; na verdade, o que se observa é uma postura em prol da igualdade, pois com uma postura mais ativa e cooperativa as diferenças entre as posições jurídicas das partes serão passíveis de controle e equilíbrio.

É desse ponto de vista que o CPC veda a prolação de decisões sem que as partes tenham tido a oportunidade de falar sobre o tema, mesmo quando se está diante de matérias de ordem pública e cognoscíveis de ofício.

Saindo da esfera do juiz, em relação às partes, o princípio da cooperação é destinado a alcançar uma solução definitiva com maior eficiência. Por isso, as partes devem cooperar com o juiz e entre si na busca desse objetivo comum: a solução da controvérsia¹²³.

¹²¹ “A compreensão correta da cooperação, em relação ao papel do juiz, significaria que esse não tem de conduzir o processo passiva nem autoritariamente. Ele deve se comportar, na interação com as significativas atividades das partes, de modo que se possa alcançar o propósito do processo o mais fácil, rápida e completamente possível” (GREGER, Reinhard; KOCHER, Ronaldo. *Revista de Processo*, vol. 206/2012, p. 123-134, abr./2012, p. 124).

¹²² “A isonomia está em que, embora dirija processualmente e materialmente o processo, agindo ativamente, o juiz o faz em permanente diálogo com as partes, colhendo suas impressões a respeito de eventuais rumos a serem tomados no processo, possibilitando que essas dele participem, influenciando-o a respeito de suas possíveis decisões (de modo que o *iudicium* acabe sendo efetivamente um ato *trium personarum*, como se entendeu ao longo de toda a praxe do direito comum). Toda a condução do processo dá-se com a observância, inclusive e relação ao próprio juiz, do contraditório - o juiz nessa linha é igualmente um de seus sujeitos.” *In Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 64/65.

¹²³ “A divisão de trabalho ideal no processo civil encerra um justo equilíbrio entre as posições jurídicas das partes e do juiz. Não por outra razão, o Código de Processo Civil enuncia como uma de suas normas fundamentais a colaboração (art. 6º do CPC/2015), deslocando o centro do processo civil do juiz para o trabalho em conjunto do juiz com as partes.” *In Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 46.

É verdade que poderá haver situações em que determinada parte deseje que o processo seja ineficiente e se prolongue no tempo. Entretanto, tal objetivo é contrário à boa-fé e viola o interesse público ao atuar na contramão do sistema. Assim, mesmo que em determinado caso concreto exista o desejo – ainda que velado – de um processo ineficiente, a parte, ante o princípio da cooperação, não tem escolha a não ser adotar uma conduta colaborativa e eficiente.

O CPC, em boa hora, positivou esse princípio em seu art. 6º, seguindo a tendência de países da Europa Continental, como Portugal¹²⁴, Alemanha¹²⁵ e França¹²⁶, e também os princípios da Unidroit para o processo civil transnacional¹²⁷.

Ocorre que, à primeira vista, poder-se-ia entender que o princípio da colaboração, nos termos do art. 6º do CPC, fica restrito ao processo, o que acabaria por limitar seu âmbito de incidência e, conseqüentemente, sua utilidade.

Entretanto, tomando como premissa o fato de que o sistema exige um processo eficiente, entendemos que o princípio da colaboração deve extrapolar a esfera do processo e incidir também na fase pré-processual – momento em que um comportamento colaborativo e participativo das partes pode evitar ou limitar a abrangência do litígio.

Assim, ao compreender o princípio da colaboração em conjunto com os princípios da eficiência e da boa-fé objetiva, é possível sustentar que cabe às partes colaborar para evitar litígios irresponsáveis e desnecessários. A consequência direta dessa situação é o dever de as partes darem conhecimento completo dos fatos e documentos que possuem à outra parte.

Se é certo que as partes estarão em uma situação conflituosa no momento que antecede o litígio propriamente dito, não é menos certo que a vinculação

¹²⁴ O Código de Processo Civil Português tem disposição semelhante em seu art. 7º - 1, o qual tem a seguinte redação: “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”.

¹²⁵ Cf. §139 da ZPO (Código de Processo Civil alemão).

¹²⁶ Cf. art. 16 do Código de Processo Civil francês.

¹²⁷ Cf. arts. 7.2, 12.4., 24.3, 31, disponível em <https://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure>, acesso em 3 de outubro de 2018, às 10h05.

das partes à boa-fé e ao interesse público – que demanda redução no número de processos e processos mais eficientes – cria um dever (e, conseqüentemente, um direito) de informação para com o adversário.

Com acesso a essas informações e documentos, as partes litigarão de forma mais responsável e poderão colaborar – agora dentro do processo – de forma mais eficiente, pois terão melhores condições de construir a fase postulatória, o que permitirá ao magistrado conhecer melhor o caso, e assim exercer seu papel com mais qualidade.

Nesse sentido, a produção antecipada de provas se mostra como o instrumento hábil para que as partes possam exercer o direito de obtenção de informações, o que facilitará, como se viu, a prática de atos de colaboração.

Ao pensar a produção da ótica desses princípios, pode-se alcançar um processo mais eficiente. Para isso, no entanto, é preciso vincular as condutas das partes na fase pré-processual, ao menos no âmbito da produção antecipada da prova, ao processo onde será debatido o acertamento de direito.

Ou seja, em razão do princípio da cooperação e da boa-fé, deve-se vedar, por exemplo, que uma parte deixe de revelar determinada informação na fase de produção antecipada da prova e a utilize posteriormente no curso do processo que tem como objetivo a declaração do direito.

Isso porque as partes têm o dever de agir com lealdade¹²⁸ e boa-fé, de modo que sustentamos ser ilegal a parte suprimir determinada informação – ocasionando uma análise de risco viciada pela outra parte e ocasionando *déficit* de eficiência no processo – e, depois, se beneficiar desse ato ilegítimo para só posteriormente apresentar a prova subtraída.

128 “Na França, a iniciativa probatória das partes está consagrada no artigo 10 do *Nouveau Code de Procédure Civile*, o qual estabelece que a participação das partes decorre de seu dever de contribuir com a administração da justiça em busca da descoberta da verdade. Esse dever geral é reafirmado pelo artigo 11 para obrigar as partes a contribuírem com a fase instrutória, seja mediante ‘provas escritas’, seja mediante ‘medidas investigativas’, sendo que eventual descumprimento pela parte enseja a aplicação de ‘astreinte’, sem prejuízo de possível indenização por perdas e danos” (CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Governança judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 209/210).

Nesse sentido, deve ser criada “uma verdadeira ‘comunidade de trabalho’ (*arbeitsgemeinschaft*) entre os seus participantes. A cooperação converte-se em uma prioridade no processo”¹²⁹, ainda que ele não tenha tido início objetivamente.

Nessa ordem de ideias, o princípio da colaboração tem grande importância e incidência na produção antecipada da prova, merecendo lugar de destaque neste trabalho, junto com os princípios do contraditório e da eficiência.

2. A PROVA

2.1. A Importância da Prova na Resolução de Conflitos

A prova exerce papel preponderante nos sistemas de justiça, exatamente porque a definição do contexto fático do conflito subjacente é determinante para o correto julgamento do caso¹³⁰.

Isso porque é impossível julgar de forma correta determinado conflito sem saber quais fatos (ou qual versão dos fatos) devem ser tomados como base (premissa) para interpretar/aplicar a(s) norma(s) jurídica(s) relacionada(s) àquele conflito¹³¹.

¹²⁹ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 64/65.

¹³⁰ Expondo sobre a importância da prova no modelo tradicional de processo, Juan Montero Aroca afirma que: “*Tradicionalmente, la función de la prueba há venido refiriéndose al descubrimiento de la verdad, y com ello se há dado lugar a um mito que es necesario destruir dadas sus profundas y perniciosas consecuencias prácticas. Em dicho sentido de búsqueda de la verdad se pronuncio toda la doctrina de los siglos XIX y XX, para la que ‘las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad’ (Bonier). Sin pretender plantear cuestiones metafísicas (la verdad a la que se llega por la inteligencia), físicas (la verdad que proporcionan los sentidos) o históricas (la verdad que nos narran otras personas) puede afirmarse que hoy se reconoce comúnmente que esa aspiración era demasiado ambiciosa*” (AROCA, Juan Montero. La prueba en el proceso civil. 3ª ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2002, p. 35).

¹³¹ “*La funzione del processo consisterebbe bensì nella risoluzione di una controversia, ma questa risoluzione—che il giudice enuncia nella decisione che conclude il procedimento— deve essere giusta, il che significa che deve derivare da una corretta applicazione della norma giuridica che costituisce la regola di decisione del caso. Semplificando in modo radicale un discorso che meriterebbe ben altro svolgimento, si può allora osservare che tra le condizioni necessarie perchè si abbia una decisione giusta, e perchè la norma che regola il caso sia applicata correttamente, occorre che sia accertata la verità dei fatti che sono alla base della controversia. Per usare un’espressione sintetica che risale a Jerome Frank, nessuna decisione è giusta se si fonda sui fatti sbagliati. Naturalmente la giustizia della decisione non si riduce all’accertamento veritiero dei fatti (occorrono altre condizioni, come la correttezza del procedimento e la valida interpretazione della norma che si applica), ma tale accertamento va configurato come una condizione necessaria della giustizia della decisione, la cui mancanza fa sì che questa non possa essere*”

Daí a importância histórica da prova nos mais diversos modelos e sistemas processuais, pois é impossível almejar uma solução correta para o conflito sem que se tenha conhecimento dos fatos a ele subjacentes.

É nesse sentido que Michelle Taruffo afirma que:

*la verdad de los hechos puede considerarse como una condición necesaria de justicia bajo cualquier definición de la justicia de la decisión. Además, no es siquiera incompatible con la teoría según la cual el proceso sirve únicamente para resolver conflictos: si no se acepta como válida cualquier solución del conflicto y se piensa, en cambio, que debe ser resuelto sobre la base de algún criterio de justicia, entonces se presente de nuevo la necesidad de reconocer que la determinación verdadera de los hechos es condición necesaria de cualquier solución justa de un conflicto*¹³²⁻¹³³.

Em regra, há no processo “a afirmação de um direito violado ou ameaçado. Onde haver sempre a alegação de um fato causador da violação ou da ameaça. Daí dizer-se que a ação tem por fundamento um ponto de fato”¹³⁴.

Evidentemente, em algumas situações, as partes controvertem acerca desse ponto de fato, divergindo por vezes de sua existência, e em outras, do modo de sua ocorrência. Há, ainda, situações em que há convergência quanto à ocorrência de determinado fato, mas divergência quanto à existência de outro fato, que, por exemplo, altere a consequência jurídica decorrente do primeiro (p. ex. fato extintivo do direito do autor).

Quando há divergência sobre algum ponto de fato, esse ponto “deve ser provado, porque é na verdade resultante dessa prova que a sentença a ser proferida no

accettata come giusta” (TARUFFO, Michele. Il concetto di “Prova” Nel Diritto Processuale. Revista de Processo. São Paulo. Vol. 229, mar. 2014, p. 79/80).

¹³² TARUFFO, Michele. La Prueba de los Hechos. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 65.

¹³³ “a verdade dos fatos pode ser considerada como uma condição necessária sob qualquer definição da justiça da decisão. Além disso, essa premissa não é incompatível com a teoria segundo a qual o processo serve apenas para resolver conflitos: se uma solução qualquer para o conflito não é aceita como válida e se pensa, em vez disso, que o conflito deve ser resolvido com base em algum critério de justiça, então a necessidade de reconhecer que a verdadeira apuração dos fatos é uma condição necessária para qualquer solução justa de um conflito se apresenta como indispensável novamente” (tradução livre do autor).

¹³⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. Prova Judiciária no Cível e no Comercial. Vol. I. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, p. 15.

processo vai se assentar para restaurar em sua inteireza a plenitude do direito ameaçado ou violado”¹³⁵.

Não é sem razão, portanto, que Oscar Chase aponta a prova como um dos mais relevantes pontos nas diferentes culturas de resolução de disputas, chegando a afirmar que a “legitimidade do sistema depende tanto da descoberta dos fatos, como das normas”¹³⁶.

Em obra denominada “Direito, Cultura e Ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada”, o professor americano – analisando tal questão dos mais diferentes prismas, como quando, por exemplo, compara o sistema probatório da tribo africana Azande (que utiliza uma espécie de ordália para determinar a ocorrência ou inoocorrência de um fato) com os sistemas probatórios norte-americano e europeu continental – coloca a apuração dos fatos no centro dos sistemas jurídicos para resolução de conflitos¹³⁷.

Essa afirmativa está intimamente relacionada com o próprio Estado Democrático de Direito, pois – racionalmente – de nada adianta o cidadão estar situado em um estado regido pelas leis e pela constituição, se não há um modelo adequado para estabelecer/fixar quais premissas fáticas devem ser utilizadas para a aplicação do *direito*¹³⁸.

Nesse sentido, Eduardo Cambi afirma que:

Como o direito nasce do fato (*ex facto oritur ius*) e como são os fatos que dão origem à controvérsia a ser decidida por intermédio do mecanismo processual, incumbe ao juiz, na sua tarefa de interpretação, valer-se dos standards objetivos previstos no ordenamento jurídico,

¹³⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. Prova Judiciária no Cível e no Comercial. Vol. I. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, p. 15.

¹³⁶ CHASE, Oscar. Direito, Cultura e Ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Trad. Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. Marcial Pons, São Paulo, 2014, p. 65.

¹³⁷ CHASE, Oscar. Direito, Cultura e Ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Trad. Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. Marcial Pons, São Paulo, 2014, p. 72/73.

¹³⁸ “*En todo caso, es útil para entender que cada vez que una norma hace depender un efecto jurídico de una premisa fáctica, la norma no se aplica correctamente si el hecho no se ha producido, es decir, so no se dispone de una determinación verdadera de las circunstancias empíricas que integran el ‘hecho’ previsto por la norma. Parece, en efecto, intuitivo que la norma sería aplicada injustamente, y sería, pues, violada, si las consecuencias que prevé se adjudicaran en un caso en el que el hecho condicionante no se hubiera producido*” (TARUFFO, Michele. La Prueba de los Hechos. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 65).

para dar sentido ao direito, buscando a melhor ou mais justa decisão possível de ser obtida para a resolução do caso concreto¹³⁹.

É nesse importante contexto que se coloca a importância da prova, o meio pelo qual se estabelecem as premissas fáticas utilizadas para solucionar conflitos¹⁴⁰ – seja de forma consensual, seja de forma conflituosa.

Exatamente por isso, cada sistema jurídico determina um modelo próprio de descoberta do fato, sempre voltado a seu particular modelo de cultura. Assim, “embora os tipos de informação aceita como prova variem entre os regimes jurídicos, todos os sistemas modernos apoiam-se em uma categoria especialmente filtrada de documentos e declarações por meio dos quais uma versão convencionalizada do passado é construída”¹⁴¹.

Entretanto, independente do sistema, sempre haverá um modelo para fixar o fato dentro de um sistema voltado à resolução de controvérsias, pois tal fixação é

¹³⁹ CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 171.

¹⁴⁰ Segundo Barbosa Moreira: “O julgamento da maior parte dos litígios, ninguém o ignora, implica necessariamente a solução de questões de fato: as partes apresentam, em regra, versões não coincidentes dos acontecimentos que deram origem ao pleito, e o órgão judicial, para aplicar as normas de modo correto, precisa averiguar como foi que realmente se passaram as coisas. Se parece impróprio enxergar na descoberta da verdade o fim último do processo, é sobretudo porque, em relação ao ato de julgar, ela desempenha papel instrumental: a função cognitiva do juiz não se esgota com a exposição daquilo que, a seu ver, aconteceu, mas vai além, para determinar as respectivas consequências jurídicas – ou de acordo com a fórmula clássica, enunciar a ‘regra jurídica concreta que deve disciplinar aquela determinada situação. Reconhecê-lo de modo algum importa relegar a plano secundário, na atividade jurisdicional, o momento da apuração da realidade fática. Leve-se em conta que, com poucas exceções, só por meio das provas tem o juiz acesso ao conhecimento dos fatos, e facilmente se concluirá que, ao menos em princípio, a probabilidade de atingir-se uma decisão justa cresce na razão direta dos mecanismos probatórios” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Alguns Problemas Atuais da Prova Civil*. In *Temas de Direito Processual*, Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 145).

¹⁴¹ CHASE, Oscar. *Direito, Cultura e Ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Trad. Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. Marcial Pons, São Paulo, 2014, p. 67.

indispensável à atividade de dirimir conflitos¹⁴²⁻¹⁴³, haja vista que a “verdade sobre o fato precisa aparecer para que um direito possa realizar-se ou tornar-se efetivo”¹⁴⁴.

Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira¹⁴⁵⁻¹⁴⁶ afirma que:

O julgamento da maior parte dos litígios, ninguém o ignora, implica necessariamente a solução de questões de fato: as partes apresentam, em regra, versões não coincidentes dos acontecimentos que deram origem ao pleito, e o órgão judicial, para aplicar as normas de modo concreto, precisa averiguar como foi que realmente se passaram as coisas. Se parece impróprio enxergar na descoberta da verdade o fim último do processo, é sobretudo porque, em relação ao ato de julgar, ela desempenha papel instrumental: a função cognitiva do juiz não se esgota com a exposição daquilo que, a seu ver, aconteceu, mas vai além, para determinar as respectivas consequências jurídicas – ou, de acordo com a fórmula clássica, enunciar a ‘regra jurídica concreta’ que deve disciplinar aquela determinada situação. Reconhecê-lo de modo algum importa relegar a plano secundário, na atividade jurisdicional, o momento da apuração da realidade fática.

No nosso sistema, coloca-se uma exigência para que a descoberta do fato se dê por meio de um sistema racional¹⁴⁷, onde só é permitido utilizar métodos

¹⁴² “Under the conventional conception of litigation, the primary tasks to be performed in generating a final resolution are the identification and interpretation of the governing substantive rules, the determination of facts germane to the application of those rules, and the application of the rules so interpreted to the facts as so found” (NANCE, Dale A., "The Best Evidence Principle" (1988). Faculty Publications. Paper 463).

¹⁴³ “La doctrina de la prueba constituye una de las partes fundamentales y más importantes em la ciencia del proceso judicial. Esto se explica, ante todo, por la propia esencia, por el contenido del proceso, por sus propias misiones, relacionadas con el establecimiento de fenómenos, circunstancias y hechos concretos, con su análisis y las deducciones que de éste se desprenden, a base de las cuales toma cuerpo el fallo o sentencia. El deber más importante del tribunal consiste en establecer de manera definitiva los hechos que se refieren al asunto que se investiga, y, con ayuda de ellos, determinar las relaciones de unas u otras personas con el asunto en cuestión” (VISHINSKI, Andrei. La teoría de la prueba en el derecho soviético. Buenos Aires: Editorial Nuevo Derecho, 1951, p. 17).

¹⁴⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. Prova Judiciária no Cível e no Comercial. Vol. I. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, p. 15.

¹⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Alguns problemas atuais da prova civil*. In Temas de Direito Processual, Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 145.

¹⁴⁶ No mesmo sentido, Humberto Theodoro Junior afirma que: “Sem a garantia da prova, anula-se a garantia dos próprios direitos, já que ‘todo direito resulta de norma e fato’. Portanto, sendo a existência ou o modo de ser do fato (origem do direito controvertido) posto em dúvida, não há como se possa fazer valer o direito sem a produção da prova” (THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol., I. 58ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 877).

¹⁴⁷ “A verdade sobre o fato precisa aparecer para que um direito possa realizar-se ou tornar-se efetivo. Mas verdade em sua máxima expressão, determinada pela prova, sem o que estaria burlada a segurança oferecida pela sociedade aos indivíduos sem componentes. Se a verdade pudesse ser a resultante das impressões pessoais do julgador, sem atenção aos meios que a apresentam no processo, a justiça seria o arbítrio e o Direito a manifestação despótica da vontade do encarregado pela sociedade de distribuí-lo” (SANTOS, Moacyr Amaral. Prova Judiciária no Cível e no Comercial. Vol. I. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, p. 16).

específicos e não vedados pelo ordenamento jurídico para a descoberta (ou fixação) das premissas fáticas.

Vale destacar que a questão da existência de uma verdade aferível de modo objetivo é absolutamente controvertida, sendo o cerne de um dos principais debates jurídicos e filosóficos de nosso tempo.

Nesse sentido, o que se questiona é se: i) existe uma verdade objetivamente aferível; ii) em sendo positiva a resposta ao primeiro questionamento, se é possível descobri-la (ou reconstruí-la) posteriormente.

Tal discussão não compõe o objeto deste trabalho, e acerca desse ponto seguimos Michelle Taruffo¹⁴⁸, que entende não ser materialmente possível reconstruir de forma objetiva e certa como determinados fatos ocorreram.

Em outras palavras, a descoberta da verdade é um objetivo inatingível, dadas as limitações do conhecimento humano.

Entretanto, tal entendimento não relega a fixação das premissas fáticas a um segundo plano, muito pelo contrário¹⁴⁹⁻¹⁵⁰.

¹⁴⁸ “*Pur esistendo dunque numerosi e complessi problemi a proposito di ciò che deve o può essere l'accertamento dei fatti nel processo, l'orientano cha appare degno di essere seguito à quello secondo il quale un accertamento veritiero dei fatti può essere, e quindi dovrebbe essere conseguito nel processo, come necessaria condizione di giustizia della decisione. Al più occorre rendersi conto del fatto che nel processo, come del resto in ogni altro contesto nel quale si realizzano conoscenze pratiche ed empiriche, si tratta sempre di verità relative e mai di verità assolute. Inoltre, occorrer tener conto del fatto che l'approssimazione alla verità che può realizzarsi concretamente nel processo può essere maggiore o minore a seconda del modo in cui le prove sono disciplinate: tale approssimazione è maggiore quando la disciplina delle prove à congegnata in modo da favorire la determinazione della verità dei fatti, ed è ovviamente minore quando tale disciplina limita eccessivamente o addirittura ostacola il conseguimento di una ragionevole conoscenza dei fatti*” (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Editore il Mulino, 1995, p. 604/605).

¹⁴⁹ “*Nessuna decisione giudiziaria è giusta se si fonda su un accertamento erroneo dei fatti su cui si fonda: poiché qualunque norma si applica propriamente solo ai fatti che essa prevede come condizione di determinate conseguenze giuridiche, la giustizia della decisione presuppone che i fatti della causa siano stati stabiliti dal giudice in modo veritiero. Infine, l'esistenza di limiti giuridici e pratici all'infinita ricerca della verità nel processo non è di per se una ragione per escludere che un accertamento veritiero dei fatti possa mai essere conseguito*” (COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Editore il Mulino, 1995, p. 604).

¹⁵⁰ “É claro que a verdade absoluta jamais será alcançada pelo homem, tampouco estará ao alcance do juiz no processo, em vista das limitações do conhecimento humano. Isto, porém, não deve resultar numa indiferença do processo pela veracidade dos fatos com que as partes sustentam suas alegações perante o juiz. O processo não pode ser reduzido a um mero jogo retórico. As provas têm a missão de proporcionar

Sendo inatingível a descoberta de uma verdade histórica e material, é preciso que os atores do processo empreguem todos seus esforços para atingir aquilo que entendem ser mais próximo a ela.

Trata-se de um objetivo de meio e não de fim. Existe um dever de *buscar* a verdade até o limite do possível, muito embora não exista um dever de *alcançar* essa verdade.

A compreensão desse objetivo de meio (e não de fim) é importante para que não se retorne àquelas falsas ideias de que o processo visa à descoberta de uma *simples* verdade material – como se a fixação das premissas fáticas dentro do processo, mormente o civil, exigisse menor rigor e preocupação¹⁵¹.

Ainda, a compreensão de que há um objetivo de meio é relevante para que pensamentos pretensamente utilitaristas passem a relegar a um segundo plano a fixação das premissas fáticas, enxergando-as como um (falso) obstáculo para a “efetividade” da tutela jurisdicional¹⁵².

E se trata de um falso obstáculo, pois o processo realmente efetivo é o processo *eficiente*, sendo certo que processo que culmina em uma solução inadequada da controvérsia – e todo processo que não tenha uma correta fixação das premissas fáticas

ao juiz o acesso ‘a verdade possível, ainda que de maneira não plena’ (THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol., I. 58ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 884).

¹⁵¹ “Descartada la Concepción anterior, la doctrina distinguió entre clases de verdad con referencia a las clases de procesos. Se pasó a sostener que si em el proceso pena la función de la prueba debía seguir siendo la búsqueda de la verdad, que se calificó de material, em el proceso civil bastaba com una verdad que se llamó formal. Si el juzgador estaba jurídicamente limitado em la búsqueda de los hechos, el resultado de la actividad probatoria se admitió que no podía ser la ‘verdad verdadera’, sino simplemente una verdad jurídica, no baseada em las leyes de la lógica sino fundada em las leyes jurídicas. La distinción anterior es absurda pero fue sostenida por la doctrina (especialmente la alemana) durante décadas y, sobre todo, permitió a los procesalistas penales diferenciar la prueba penal de la prueba civil. El mito de la verdad formal fue destruido por Carnelutti, simplemente evidenciando que la verdad no puede ser más que una, de modo que, o la verdad formal coincide com la verdad material, y no es más que verdad, o discrepa de ella, y no es sino una no verdad” (AROCA, Juan Montero. La prueba em el proceso civil. 3ª ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2002, p. 36).

¹⁵² “En rigor, no es verdad que haya una incompatibilidad entre el proceso como solución de conflictos y la búsqueda de la verdad de los hechos, ya que se podría razonablemente decir que un buen criterio para resolver los conflictos es el de fundamentar la solución sobre una determinación verdadera de los hechos que están em la base de la controversia. Pero la óptica eficientista em la que se tiende a situar la solución de los conflictos em el ámbito del proceso acaba por excluir una hipótesis de este tipo” (TARUFFO, Michele. La Prueba de los Hechos. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 39).

terminará por resolver a controvérsia de forma inadequada – é ineficiente, uma vez que gera insatisfação e sucessivas impugnações.

Ou seja, a ideia de que as partes (e todos os demais atores processuais) têm o dever de buscar a verdade permite que o processo seja julgado de maneira adequada e eficiente.

Barbosa Moreira, com a costumeira propriedade, assevera que:

A aspiração à maior efetividade da tutela jurisdicional sugere intuitivamente utilização mais intensa dos meios de averiguação dos fatos. Razões de ordem vária exigem, sob certas circunstâncias, que o processo renuncie à pesquisa irrestrita da verdade; nem por isso deixa de ser exato, em linha de princípio, que a justiça da decisão se condiciona ao esclarecimento, tão completo quanto possa ser, da situação fática subjacente ao litígio¹⁵³.

Assim, é possível afirmar com tranquilidade que a atividade de fixação das premissas fáticas envolvidas em determinado conflito é essencial para o correto julgamento de determinado conflito pelo Poder Judiciário, ou por qualquer outro método heterocompositivo, como, por exemplo, a arbitragem.

Em outras palavras, a atividade probatória é um dos pilares essenciais na construção de um modelo *adequado* de resolução heterocompositiva de conflitos – sendo o meio próprio para que decisões judiciais legítimas sejam exaradas¹⁵⁴.

Ocorre que todo esse conceito e a fixação da importância da prova no processo civil são pensados em especial para a atividade judicante, ou, no máximo, da perspectiva das partes dentro de um processo de conhecimento.

Entretanto, modernamente, a importância da prova não pode se limitar a esse momento – dentro do processo – e nem, tampouco, a esses atores – juiz e litigantes.

¹⁵³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tendências contemporâneas do direito processual civil*. In Temas de Direito Processual, Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 3.

¹⁵⁴ “O que o processo há de garantir é a busca da verdade, ainda que não absoluta, já que o conhecimento de como os fatos se passaram é fator de legitimação da decisão judicial, e por isso deve ser perseguido” (THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol., I. 58ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 884).

Isso porque, ao pensar a prova (e, conseqüentemente, sua importância) apenas dessa perspectiva, alguns fatores extremamente relevantes são esquecidos, impedido que a atividade probatória cumpra de forma plena seu papel e atinja todo seu potencial.

Como diz Flávio Luiz Yarshell¹⁵⁵, a vinculação absoluta entre prova e julgamento (estatal ou arbitral) é uma visão limitada e parcial do fenômeno probatório, pois desconsidera por completo o papel da prova perante as partes envolvidas em determinado conflito.

Ora, o papel que a prova exerce na fase pré-processual perante aqueles envolvidos em determinado conflito é de extrema relevância, inclusive da ótica do sistema de resolução de conflitos.

Veja-se, nesse sentido, que, como se defendeu acima, a fixação das premissas fáticas subjacentes a determinado conflito é essencial para que se possa julgar adequadamente o caso, pois somente desse modo as conseqüências jurídicas poderão ser corretamente aplicadas.

Acontece que, na fase pré-processual, a conduta adotada pelas partes também depende da correta fixação de premissas fáticas. Não raras vezes, há divergência verdadeira e razoável acerca de como ocorreram os fatos.

A existência de divergência sobre a matéria fática, somada ao, até então, pernicioso sistema processual civil brasileiro, que só permitia haver atividade probatória no curso de processo de conhecimento, *empurrava* as partes em direção ao litígio.

Isso porque, em uma situação de incerteza fática (e, portanto, jurídica), as partes não têm condições de avaliar sua posição perante o litígio e, conseqüentemente,

¹⁵⁵ “A exclusiva e estrita vinculação entre prova e julgamento estatal, conforme se procurará demonstrar ao longo do estudo, afigura-se visão limitada – e, em certa medida, arbitrária – do fenômeno probatório. Com efeito, ela desconsidera o relevante papel que a prova – entendida como demonstração ou até mesmo como experimentação – desempenha relativamente aos sujeitos da relação material, atual ou potencialmente conflituosa: inclusive antes da instauração do processo declaratório do direito” (YARSELL, Flávio Luiz. Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência. São Paulo: Malheiros Editores, p. 26).

tendem a assumir que sua “versão” dos fatos é correta. Tudo em decorrência de falta de informação qualificada.

Assim, é necessário pensar a função da prova desde de um momento pré-processual e a partir do impacto sobre as partes – o que se tornou viável com a existência da produção antecipada da prova sem o requisito da urgência, positivada no CPC/2015.

Desse prisma, a prova terá como função auxiliar as partes a estabelecer sua pauta de conduta em relação a determinado conflito, podendo, então, decidir sua estratégia de forma consciente, com o devido acesso às informações relevantes ao conflito.

Na posse de tais informações, as partes poderão, por exemplo, decidir por não litigar (quando a parte “autora” apurar que os fatos não lhe favorecem); decidir por entabular um acordo (quando cada uma das partes, ciente de seu risco, considerar melhor ceder em determinados pontos e evitar um conflito judicial, certamente longo e custoso); ou, ainda, decidir litigar (nessa hipótese, o litígio será consistente e os riscos mitigados, pois cada parte saberá exatamente o que requerer ao juízo e quais suas chances de defesa).

Toda essa gama de opções só se mostra viável com o prévio conhecimento das partes acerca dos fatos, para que elas próprias possam estimar como o juiz apreciará futuramente tal questão em eventual processo de conhecimento.

Ao fazer tal juízo, as partes poderão trabalhar com maior grau de previsibilidade acerca de sua situação e, com isso, tomar decisões mais conscientes e ponderadas.

Vale dizer que o CPC/2015 prestigia esse tipo de atividade prévia não só com a expressa autorização para a produção antecipada de provas sem o requisito da urgência, mas também com o regramento sobre precedentes.

Ora, ninguém duvida que uma das funções precípua dos precedentes é trazer segurança jurídica e previsibilidade aos jurisdicionados, de modo que eles possam se comportar (estabelecer pautas de conduta) em conformidade com o entendimento dos

tribunais – mormente os superiores – e, portanto, podendo prever as consequências jurídicas de seus atos.

De perspectivas diversas, ambos os institutos, quando compreendidos em conjunto, visam a dar a necessária previsibilidade ao jurisdicionado para que pautar sua conduta de forma mais eficiente e inteligente quando envolvido em situação conflituosa.

Nesse sentido, os precedentes trarão (ou pelo menos deveriam trazer) previsibilidade acerca de como os tribunais decidirão determinada questão jurídica¹⁵⁶, o que é possível extrair do art. 926 do CPC: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

De outra banda, o acesso ao material probatório antes da judicialização do conflito – o que poderá se dar por meio da produção antecipada da prova – permitirá que a parte tenha ciência de sua situação fática, o que, somado à previsibilidade jurídica (desejada pelo sistema e possível diante da sistemática de precedentes), permitirá uma avaliação correta das chances e riscos na instauração do litígio judicial, o que poderá inclusive evitar o litígio¹⁵⁷.

Ou seja, a ideia, debatida por alguns países da Europa continental¹⁵⁸ e privilegiada por nosso legislador, é a de que, em alguns casos, a solução da lide depende tão ou mais da reconstrução da realidade fática do que de questões de direito.

É o que concluiu Chiara Besso¹⁵⁹, ao tratar sobre o tema:

L'idea è che spesso la soluzione della lite dipende non dalla soluzione di questioni di diritto, ma della ricostruzione dei fatti, così che una volta

¹⁵⁶ Sobre essa questão, Rafael Sirangelo de Abreu afirma que: “o novo Código de Processo Civil prevê a exigência de que os tribunais devem ‘uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente’ (art. 926, caput). O judiciário brasileiro precisa tomar consciência de que seu papel é oferecer igualdade diante das decisões judiciais, uma vez que toda decisão funciona como também como fato-institucional que determina condutas humanas, conformando indivíduos à sua orientação” (ABREU, Rafael Sirangelo de. Igualdade e Processo: posições processuais equilibradas e unidades do direito. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 238).

¹⁵⁷ Na Itália, Chiara Besso afirma que “*Le innovazioni della bozza Vaccarella si pongono l’obiettivo de disincentivare il ricorso al processo a cognizione piena e di stimolare la risoluzione della lite attraverso la conciliazione o la decisione a seguito de cognizione sommaria*” (BESSO, Chiara. La prova prima del processo. Turim: G. Giappichelli, 2004, p. 17-18).

¹⁵⁸ Por exemplo, na França e na Alemanha.

¹⁵⁹ *In* La prova prima del processo, p. 15.

*sentino il testimone o esperita la consulenza tecnica, il futuro attore posso convincersi dell'infondatezza totale o parziale della propria pretesa e rinunciare a instaurare il processo e magari accettare una soluzione transattiva della.*¹⁶⁰

Nessa ordem de ideias, considerar a prova da perspectiva das partes (inclusive em momento pré-processual) torna o sistema de resolução de conflitos mais eficiente, pensando o processo de forma mais racional e estratégica. É o que se propõe neste trabalho.

2.1.1. Máxima Eficiência dos Meios Probatórios

A máxima eficiência dos meios probatórios é um princípio do direito probatório¹⁶¹ e está intimamente relacionada com os princípios da eficiência, contraditório e ampla defesa.

Segundo William Santos Ferreira¹⁶²,

é possível também relacionar a máxima eficiência dos meios probatórios à instrumentalidade, porém, no caso específico dos meios de prova, o elemento essencial não é um instrumento viabilizador do acesso ao bem da vida assegurado pela norma de material, mas sim de instrumentos viabilizadores do esclarecimento de questões fáticas necessárias ao julgamento.

Nesse sentido, da ótica da produção antecipada de provas – quando o objeto do processo é o direito autônomo à prova –, o princípio da máxima eficiência dos meios probatórios visa à instrumentalidade do procedimento, de modo que o órgão julgador possa autorizar (ou determinar de ofício) a produção de qualquer meio de prova que seja apto a comprovar o fato de interesse das partes¹⁶³.

¹⁶⁰ A ideia é que muitas vezes a solução do conflito não depende da solução de questões de direito, mas da reconstrução de fatos, de modo que, uma vez ouvida a testemunha ou a realizada a prova técnica, o futuro autor pode ser convencido da total ou parcial falta de fundamento da ação e, com base nisso, desistir de litigar ou, ainda, aceitar uma solução consensual para o conflito.(tradução livre do autor).

¹⁶¹ Nesse sentido: FERREIRA, William Santos. Princípios Fundamentais da Prova Cível. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 183 e seguintes.

¹⁶² *In* Princípios Fundamentais da Prova Cível. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 184.

¹⁶³ “Em sistema que aspire à máxima eficiência, quaisquer possíveis fontes de prova podem e devem comportar utilização. A eventual exclusão de alguma delas é que, por abrir exceção, precisará ser cumpridamente justificada, caso a caso; e a justificação terá de apoiar-se na necessidade de resguardar valores jurídicos de grau superior, ou pelo menos igual, ao daquele a cuja proteção, *ipso facto*, se renuncia” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Alguns problemas atuais da prova civil. In Temas de Direito Processual, Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 146).

Nesse sentido, à primeira vista, o princípio teria como destinatário apenas o órgão julgador; entretanto, dado que as partes se colocam como protagonistas e titulares do direito à prova – quando pensado de forma autônoma, como deve ser –, o princípio da máxima eficiência dos meios probatórios também se destina a elas¹⁶⁴.

Sobre o tema, Eduardo Cambi¹⁶⁵ leciona que:

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. O direito à prova, sob o enfoque da efetividade, é o direito de realmente poder influir no convencimento do juiz, valendo-se de todos os meios de prova considerados úteis e idôneos para demonstrar a existência e a eficácia dos fatos pertinentes e relevantes para a causa.

A fala do processualista catarinense merece uma nova visão diante do instituto da produção antecipada da prova. Pode-se afirmar que as partes devem ter as mais amplas oportunidades para conhecer os fatos relacionados a seu conflito (ou potencial conflito) e assim ter condições de tomar uma decisão consciente sobre como litigar e sobre como devem ser articuladas suas pretensões em juízo.

A atividade probatória deve ser vista não apenas como o “direito de provar” – este relacionado com a atividade probatória realizada no curso de um processo de conhecimento –, mas também como o “direito à prova” – este relacionado com a autonomia da atividade probatória e com as funções da prova fora do processo de conhecimento¹⁶⁶.

Fixada essa premissa, torna-se possível perceber a incidência desse princípio na produção antecipada da prova, sendo certo que, nesse caso, a produção dos

¹⁶⁴ Ainda que existam diferenças substanciais, é possível traçar um paralelo entre o princípio da máxima eficiência dos meios probatórios e princípio do direito norte-americano denominado *The Best Evidence Principle*. Tal princípio: “*expresses the obligation of litigants to provide evidence that will best facilitate this central task of accurately resolving disputed issues of fact.*” (NANCE, Dale A., “The Best Evidence Principle” (1988). Faculty Publications. Paper 463).

¹⁶⁵ *In* Direito Constitucional à prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 170.

¹⁶⁶ “O direito à prova, com os contornos aqui delimitados, pode ser entendido como abrangido pelo próprio direito de ação. Não se trata, é certo – e como se procurou demonstrar –, de desdobramento idêntico ao que pode ser feito em relação ao direito de provar. Esse último, como visto, está ligado essencialmente ao processo cujo objeto é a declaração do direito; e, se e quando a produção for requerida de forma antecipada, seu pressuposto será mesmo a urgência. A prova, no contexto do direito de provar, é pensada como um dos direitos enfeixados pela concepção analítica da ação e também da exceção, e não como a autonomia que aqui se preconiza” (YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. Malheiros Editores, p. 68/69).

meios de prova deve ser a mais eficiente¹⁶⁷ para atingir os objetivos dessa espécie de processo, que visa de forma precípua à descoberta de determinado (ou determinados) fato(s).

Nesse sentido, o *princípio da máxima eficiência dos meios probatórios*, da ótica da produção antecipada da prova, deve ser compreendido como uma diretriz de eficiência na produção da prova.

Como afirma William Santos Ferreira,

o princípio da máxima eficiência dos meios probatórios transmite diretamente a consecução de um fim, qual seja, se o meio de prova vai ser empregado, deve ser da forma mais eficiente possível, mas, indiretamente, instrui que dentre os modos de comportamento seja escolhido aquele mais apto a alcançar os objetivos para os quais foi deferido determinado meio de prova¹⁶⁸.

Assim, a produção antecipada da prova está intimamente relacionada com o princípio da máxima eficiência dos meios probatórios, empregando duas diretrizes: a) uma voltada à perspectiva interna no processo de produção antecipada da prova, cujo objetivo é fazer com que o fato objeto de prova seja apurado da forma mais eficiente, evitando a utilização de meios de prova desnecessários; b) outra voltada para a própria função externa da produção antecipada da prova, cuja função é justamente tornar o processo mais eficiente, ao permitir que as partes conheçam os fatos antes da instauração do litígio e, se possível, o evitem.

O espectro do princípio tratado neste capítulo se expandiu diante da produção antecipada da prova nos moldes introduzidos pelo CPC/2015, pois deixou de estar vinculado unicamente à função da prova dentro do processo, estando vinculando, também, à função da prova fora do processo.

Com a sistemática da produção antecipada da prova do CPC/2015, a prova passa a ter uma função extraprocessual, atuando de forma bastante relevante na

¹⁶⁷ “Thus, to the extent that litigants are the source of the information used by the trier of fact to decide the factual questions, the litigant’s collective obligation is to present the set of evidentiary items that will be most probative within the constraints arising from the expenses and inconveniences of litigation and the need for finality” (NANCE, Dale A., “The Best Evidence Principle” (1988). Faculty Publications. Paper 463).

¹⁶⁸ FERREIRA, William Santos. Princípios Fundamentais da Prova Cível. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 186/187

formação do convencimento das partes acerca de sua efetiva posição em relação àquela determinada situação conflituosa.

Apesar de inexistir valoração da prova pelo magistrado no bojo da ação de produção antecipada da prova (*ex vi* do §2º do art. 382 do CPC/2015¹⁶⁹), a verdade é que os meios de prova produzidos na demanda probatória serão objeto de valoração¹⁷⁰ pelas próprias partes.

Essa valoração tem como objetivo permitir que as partes avaliem de forma concreta e fundamentada, e, mais importante, de posse de elementos concretos, sua efetiva posição em relação ao conflito – sendo certo que, com base nessa análise, as partes envolvidas no conflito poderão escolher qual o comportamento mais eficiente a ser adotado.

Assim, diante dessa “nova” função da prova, o princípio da máxima eficiência dos meios probatórios deve ser considerado de forma mais ampla, servindo como diretriz para que os meios de prova produzidos sejam o mais eficientes possível para auxiliar na formação de convicção das próprias partes.

2.1.2. Protagonismo das Partes e Destinatários da Prova

Tradicionalmente, tanto a doutrina¹⁷¹ como a jurisprudência¹⁷² entendiam (e em muitos casos ainda entendem) que o destinatário das provas é o juiz (ou

169 §2º O juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas.

170 “Tanto o juiz quanto as partes realizam atividade de valoração da prova, embora em contextos e com resultados certamente diversos. Nessa ótica, as partes também julgam e deliberam (ir ou não ir a juízo, resistir a dada pretensão ou dela abrir mão, total ou parcialmente); o que as distingue do juiz é que este julga e decide imperativamente” (YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. Malheiros Editores, p. 68/69).

171 Nesse sentido: FENOCHIETO, Carlos Eduardo. El juez frente a la prueba. La prueba: libro em memoria del profesor Santiago Sentís Melendo. Augusto M. Morello (coord.) la prata: Libreria Platense, 1996, p. 44 e seguintes.

172 Superior Tribunal de Justiça: REsp 1.721.231/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, SEGUNDA TURMA, DJe 2/8/2018; REsp 1.689.978/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, SEGUNDA TURMA, DJe 10/10/2017; REsp 1.078.399/MA, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, QUARTA TURMA, DJe 9/4/2013; REsp 330.036/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, QUINTA TURMA, DJe 4/11/2015); Tribunal de Justiça de São Paulo: TJSP; Apelação 1005035-30.2016.8.26.0529; Relator Moreira Viegas; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santana de Parnaíba - Vara Única; Data do Julgamento: 13/6/2018; Data de Registro: 14/6/2018; TJSP; Apelação 0045180-90.2010.8.26.0001; Relator(a): Maria de Lourdes Lopez Gil; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional I - Santana - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/5/2018; Data de Registro: 29/5/2018; TJSP; Apelação 1047965-13.2017.8.26.0114; Relator(a): Eduardo Siqueira; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro de

o órgão julgador), de modo que caberia apenas a ele decidir sobre a relevância e pertinência de determinado meio de prova, bem como valorar os meios de prova produzidos.

A construção teórica que permitia tal entendimento apontava que a função da prova era única e exclusivamente convencer o juiz¹⁷³ da ocorrência ou inoocorrência de determinado fato, ou seja, tinha como escopo uma função preponderantemente retórica – do convencimento acerca de determinada posição jurídica.

Entretanto, diante da evolução do princípio do contraditório e da maior amplitude empregada aos direitos e garantias fundamentais, a compreensão de que o juiz é o único destinatário da prova se mostrou insuficiente.

Isso porque, a partir de uma visão mais abrangente do princípio do contraditório, percebeu-se que o direito de provar as alegações formuladas está intimamente relacionado com o direito ao contraditório, e não basta permitir que a parte formule alegações: é indispensável permitir que a parte tenha a oportunidade de provar aquilo que alega.

Nesse sentido, assevera Nelson Nery Junior¹⁷⁴:

o órgão julgador deve dar a mais ampla possibilidade de o litigante manifestar-se no processo. Significa, ainda, poder *acompanhar e participar* da colheita da prova, de modo a poder, *in continenti*, fazer a contraprova, por exemplo, reperguntando à testemunha. 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.

Por fim, seguindo essa linha de raciocínio, o doutrinador conclui que: “o destinatário da prova é o processo e não o juiz”¹⁷⁵.

Campinas - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 2/3/2018; Data de Registro: 2/3/2018). TJSP; Apelação 1003062-74.2016.8.26.0356; Relator (a): Moreira Viegas; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mirandópolis - 2ª Vara; Data do Julgamento: 28/2/2018; Data de Registro: 28/2/2018).

173 “No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral e filosófico; sua finalidade é prática, qual seja: convencer o juiz” (GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil brasileiro. vol. 2, 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 182).

174 *In* Princípios do Processo na Constituição Federal. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 246.

175 *In* Princípios do Processo na Constituição Federal. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 246.

Essa percepção acerca de quem é o destinatário da prova – colocando o processo como o destinatário – insere as partes como um dos atores aos quais a prova se destina, pois se a prova é destinada ao processo, significa que ela tem como destinatários os atores que funcionam no processo: partes e juiz.

Trata-se de percepção indubitavelmente salutar e correta. Como o que se encontra em disputa no processo é o direito das partes, é natural entender que a prova se destina a elas, as maiores interessadas no resultado do litígio.

Ocorre que diante da percepção acerca de que as provas têm uma função que extrapola o processo (e a função de convencer o juiz) e se mostra útil extrajudicialmente, atuando no convencimento das partes e planejamento do litígio¹⁷⁶, a percepção de que o destinatário da prova é o *processo* se mostra insuficiente.

Isso porque, como se viu anteriormente, a prova exerce uma função relevante fora do processo, no sentido de permitir que: i) as partes avaliem sua efetiva posição processual; ii) exerçam um processo de tomada de decisão sobre como se comportar perante o conflito de forma qualificada (p. ex., decidindo se é o caso de acordo ou de não litigar); iii) definam estratégias processuais; e iv) organizem o litígio de forma mais eficiente.

Assim, diante dessa função, é preciso compreender que as partes também são destinatárias diretas da prova, mesmo quando ainda não exista processo jurisdicional instaurado.

Nesse sentido, é preciso compreender que as partes são protagonistas da atividade probatória, tendo direito autônomo à prova, de modo que possam se valer de

176 “Podemos dizer, inclusive, que antes mesmo de convencer o juízo, as próprias partes precisam estar convencidas da tese que estão sustentando ou que vão sustentar em juízo. E aí entra a importância da prova como meio para alcançar o convencimento das partes e como forma de determinação da conduta processual ou extraprocessual desses sujeitos parciais. Antes de ir a juízo, seja para deflagrar uma demanda judicial, seja para resistir a uma demanda que lhe é dirigida, as partes naturalmente precisam avaliar os elementos de que dispõe para sustentar sua posição jurídica – ativa ou passiva, conforme seja. Assim, a par da análise dos fatos que envolvem o problema e das consequências que o ordenamento jurídico atribui a esses fatos, devem as partes preocupar-se com a possibilidade de demonstrar a sua ocorrência e o modo como fazê-lo” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2, 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 61).

todas as vantagens inerentes ao conhecimento dos fatos relacionados à situação conflituosa por elas vivenciada.

O CPC/2015 encampa essa tendência em diversos dispositivos além daqueles que versam sobre a produção antecipada da prova.

Entre esses dispositivos podemos citar o 459¹⁷⁷, que altera a forma de colheita da prova testemunhal prevista no CPC/73 e prevê que as perguntas serão formuladas diretamente pelas partes à testemunha – o que coloca a parte em posição de protagonista na produção da prova testemunhal.

Outros dispositivos que podemos citar nesse sentido são o art. 471, o qual prevê que as partes poderão escolher consensualmente o perito¹⁷⁸⁻¹⁷⁹; o §3º do art. 373, o qual prevê que as partes podem alterar a regra de ônus probatório de forma consensual¹⁸⁰; e o art. 384¹⁸¹, o qual prevê que as partes poderão lavrar ata notarial com o objetivo de comprovar, para fins processuais, a existência e o modo de existir de algum fato, o que consiste em importante instrumento a ser utilizado antes ou durante o litígio e que está à disposição das partes, a qualquer tempo, sem a necessidade de autorização judicial¹⁸².

¹⁷⁷ 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.

¹⁷⁸ Art. 471. As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que: I - sejam plenamente capazes; II - a causa possa ser resolvida por autocomposição.

¹⁷⁹ A título de curiosidade, segundo anotam Elizabeth Fahey e Zhirong Tao, no direito processual chinês as partes indicam o perito de forma consensual, e a corte só interferirá na indicação caso as partes não cheguem a consenso, conforme se verifica no trecho abaixo transcrito: “*After the court approves a party's petition to conduct an expert evaluation, both parties will first negotiate for a qualified institution or person to conduct the assessment or appraisal. Should this negotiation fail, the court would then make an appointment for the case*” (FAHEY, Elizabeth; TAO, Zhirong. *The Pretrial Discovery Process in Civil Cases: A Comparison of Evidence Discovery between China and the United States*, 37 B. C. Int'l & Comp. L. Rev. 281, 332, 2014).

¹⁸⁰ §3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

¹⁸¹ 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.

¹⁸² Segundo anotam Elizabeth Fahey e Zhirong Tao, meio análogo à ata notarial brasileira vem sendo utilizado de forma recorrente na China para coletar provas, conforme se verifica no trecho abaixo transcrito: “*Notarization is one of the common methods litigants use to collect evidence in China. Regulated by Article 11 of the Notarization Law of the People's Republic of China 2005 (Notarization Law), the notarization agency or organization may handle matters relating to securing and preserving subject evidence when a petition is filed by a natural person, an entity, or an organization. The preservation of evidence by a*

Por fim, o art. 369 do CPC/2015 deixa claro o papel protagonista das partes ao dizer 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”.

A redação do dispositivo é nítida no sentido de que é das partes o papel de protagonistas na produção da prova¹⁸³, sendo certo, portanto, que estas, além de protagonistas, são um dos efetivos destinatários da prova.

Essa constatação traz importantes implicações para fixar quem são os efetivos destinatários das provas, pois evidencia que elas devem ter seu escopo pensado em dois momentos diferentes: antes e durante o eventual processo litigioso¹⁸⁴. Para cada um desses momentos, a prova tem destinatários diferentes.

Antes existir eventual processo em que se discuta o acertamento do direito, os destinatários da prova serão única e exclusivamente as *partes*, já que são elas as únicas legitimadas a valorar o material probatório e, com base nessa valoração, definir qual deve ser sua postura e quais atos devem (ou não) ser praticados.

De outro lado, no curso do processo em que se discuta o acertamento do direito, é preciso considerar que os destinatários das provas são as partes e o juiz (Estado Juiz)¹⁸⁵. Dessa perspectiva, as partes têm direito a fazer uso de todos os meios de

notarization agency is a litigation strategy frequently used by parties, especially prior to the litigation process” (FAHEY, Elizabeth; TAO, Zhirong. The Pretrial Discovery Process in Civil Cases: A Comparison of Evidence Discovery between China and the United States, 37 B. C. Int'l & Comp. L. Rev. 281, 332, 2014).

¹⁸³ Ao estudar os sistemas processuais de *civil law* e de *common law*, Fábio Peixinho Gomes Corrêa afirma que há uma tendência de convergência entre os sistemas, e em relação ao direito probatório os sistemas de *civil law* tendem a fortalecer a posição e o papel das partes. Sobre essa questão, o autor afirma que: “Como não poderia deixar de ser, a já mencionada propensão à convergência das famílias do Common Law e do *civil law* também alcança a fase probatória. Nos países em que, tradicionalmente, o adversary system atribui maior relevância ao papel dos litigantes na instrução probatória, há um claro movimento que direção ao fortalecimento do papel do juiz na condução dessa fase processual. Por sua vez, os países da Europa continental têm experimentado um movimento em sentido oposto, na medida em que o carácter inquisitório da fase instrutória tem aberto espaço para que as partes participem mais ativamente da produção de provas” (CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Governança judicial. São Paulo, Quartier Latin, 2011, p. 205).

¹⁸⁴ A expressão “processo litigioso” nesse contexto significa o processo onde se discute o acertamento do direito material.

¹⁸⁵ Sobre o tema. ARRUDA ALVIM afirma que: “A partir da compreensão da prova como direito fundamental, não se pode mais entender o juiz como seu único destinatário, uma vez que a atividade e o resultado da prova passam a se dirigir, em grande medida, às partes. A compreensão da prova como direito também influencia na superação da ideia de uma estrita vinculação entre prova e julgamento estatal,

prova aptos a fortalecer suas posições processuais e a comprovar os fatos por elas alegados, e o juiz tem o dever de determinar a produção das provas necessárias a formar seu convencimento.

Importante dizer ainda que, havendo processo judicial instaurado, cabe ao juiz – como um dos destinatários da prova e gestor do processo – avaliar se os meios de prova requeridos pelas partes têm, ainda que em tese, aptidão para comprovar o fato que com ele se pretende provar.

Nesse sentido, nos termos do art. 370 do CPC¹⁸⁶, o juiz tem o dever de determinar (deferindo os requerimentos das partes ou, ainda, de ofício) a produção das provas necessárias para o julgamento do mérito, mas, em contrapartida, nos termos do parágrafo único do mesmo dispositivo, tem o dever de indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Esse dever de indeferimento deve ser visto como um contrapeso à regra de produção livre de provas e exceção ao sistema, permitindo o controle de eventuais abusos por parte dos litigantes. No entanto, não se pode admitir que o juiz exerça esse controle de forma exacerbada, valendo-se do dispositivo como justificativa para impedir a produção de provas que possam – ainda que em tese – se mostrar úteis para o deslinde do caso.

É preciso sempre ter em mente que as partes são as maiores interessadas na resolução do conflito, afinal é o direito delas que está em discussão. Por essa razão, é importante frisar que elas são as protagonistas do processo, em especial no que diz respeito à produção da prova. Assim, devem-se garantir a elas todas as oportunidades de comprovar os fatos subjacentes à sua posição jurídica, o que significa que, havendo a menor chance de a prova requerida ser útil, ela deve ser deferida.

admitindo-se, contemporaneamente, a existência de um direito à prova autônomo à existência de uma relação processual” (Manual de Direito Processual Civil. 17ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 862).

¹⁸⁶ Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Eduardo Cambi diz que “o processo pode ser entendido como um conjunto de escolhas feitas pelos sujeitos que dele participam e de consequências jurídicas previstas para o ocupante de cada posição no processo”¹⁸⁷.

Para que essas escolhas sejam feitas, porém, é preciso que as partes tenham acesso à informação, o que só é possível por meio da prova – que tem papel essencial não só no julgamento do litígio, como na própria postura e estratégia das partes em relação a ele.

Nessa ordem de ideias, as partes são efetivamente protagonistas da atividade probatória, sendo sua destinatária exclusiva nos casos de produção antecipada da prova e uma de suas destinatárias quando a prova é produzida ou utilizada no âmbito de um processo onde se discuta o acerto do direito.

Essa constatação valoriza a atuação das partes, ao entregar-lhes mais autonomia e responsabilidade na resolução de seus conflitos, permitindo que os maiores interessados na solução do problema atuem para solucioná-lo da melhor forma possível.

Tal modelo exige, por outro lado, maior atuação das partes na solução da controvérsia e, conseqüentemente, maior responsabilidade. Entretanto, é correto que assim seja, pois o Poder Judiciário, que ocupa posição equidistante em relação ao conflito, não pode ter uma atuação paternalista para com os litigantes e se tornar o responsável por toda a atividade instrutória, a qual, em regra, depende mais da atividade das partes – que detêm maior conhecimento acerca dos fatos – do que da atividade do órgão julgador.

¹⁸⁷ CAMBI, Eduardo. Direito Constitucional à prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 37.

3. A Produção Antecipada da Prova: Funções e Limites

A produção da prova prévia ao litígio não é nova no direito processual civil brasileiro¹⁸⁸, tendo previsão legislativa desde pelo menos o Regulamento 737 de 1850¹⁸⁹⁻¹⁹⁰, cujo art. 178 dispunha: “Se 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, ser inquirida á requerimento dos interessados, aos quaes será entregue o depoimento para delle se servirem quando e como lhes convier”.

Todas essas medidas, como bem se sabe, exigiam o requisito da urgência para serem utilizadas, sendo essa sua principal marca distintiva – apesar de, como afirma Flávio Luiz Yarshell, o sistema processual civil anterior já prever algumas hipóteses onde era possível a atividade probatória prévia dissociada da urgência¹⁹¹.

Entretanto, tratava-se de hipóteses notadamente restritas, como, por exemplo, a exibição de documento e a investigação realizada pelo Ministério Público no âmbito de inquérito civil.

¹⁸⁸ Na Itália, segundo anota Gian Antonio Michelli, o panorama era o mesmo, como se pode perceber do trecho abaixo transcrito: “*L’assicurazione della prova può avvenire: a) mediante la precostituzione di un mezzo di prova, che si teme non possa essere assunto in seguito, al momento del processo principale, per il venir meno della fonte (artt 251 c.p.c., 518, 617 c. co.); b) mediante l’assunzione anticipata della prova per timore di mutamenti nell’oggetto di essa (artt 71, 402, 413, 568, 871, c. Co; 113 r.d. 13 settembre 1934, n. 1602 sulle privative industriali, 68 L. 7 novembre 1925, n. 1950, sui diritti d’autore, in quanto vi si prevedono ispezioni preventive, eventualmente con l’intervento dei periti, di ciò che potrà costituire oggetto di prova in seguito); c) mediante conservazione dell’oggetto della prova o di una prova precostituita (documento) (artt. 733, 871 c. co.; 847 c.p.c.; 68 L. Cit., 113 r.d. cit., in quanto vi si prevedono il sequestro e la conservazione di determinate cose, a fine di farle servire come prova in un futuro processo); d) mediante l’anticipazione di un autonomo processo (parziale) di accertamento di un fatto, rilevante per un futuro processo (artt. 282 segg. 296 seg., in quanto vi si regolano rispettivamente la verifica della scritture private e la dichiarazione del falso in via principale)” (MICHELLI, Gian Antonio. Opere Minori di Diritto Processuale Civile. Milano: Giuffrè Editore, 1982, p. 431).*

¹⁸⁹ Tal espécie de previsão também constava do CPC/1939, cujo art. 250. previa 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. Neste prazo, dar-se-à certidão a qualquer interessado que a requerer”.

¹⁹⁰ No CPC de 1973 existiam algumas hipóteses em que era admitida a produção da prova antes da formação do litígio. Nesse sentido, exemplificativamente, podemos citar os artigos 846 e seguintes, que preveem, entre outras coisas, que a “*produção antecipada da prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial*”.

¹⁹¹ 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. Breves comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.027).

Como se vê, ambas as hipóteses eram bastante restritas, pois ora se limitavam a permitir o acesso apenas a determinado e específico documento, inexistindo possibilidade de investigação ampla acerca dos fatos subjacentes ao conflito, e ora só eram passíveis de utilização pelo Ministério Público, estando inacessíveis para os litigantes em geral.

As outras modalidades existentes, além de exigir que houvesse urgência na produção da prova – como quando houvesse o risco iminente de falecimento de determinada testemunha ou, ainda, o risco de perecimento do objeto a ser periciado –, eram bastante restritivas, porque permitiam apenas a preservação de determinado meio de prova e não sua efetiva produção.

Ou seja, à exceção do inquérito civil – que tem grande amplitude, mas só está disponível para o Ministério Público –, todos os demais meios processuais existentes no sistema anterior tinham apenas e tão somente a função de obter/produzir um meio de prova específico.

Não havia nenhum instrumento que permitisse uma investigação ampla dos fatos, como parece permitir a produção antecipada da prova prevista no CPC/2015.

Havia, portanto, uma dupla limitação à produção de provas previamente ao litígio: *i*) a exigência de que houvesse urgência (para todos os meios de prova, à exceção do documento); e *ii*) o âmbito extremamente restritivo de incidência.

Esse era o panorama da produção antecipada da prova no sistema processual civil anterior.

Ocorre que, como já mencionado acima, passou-se a entender que as partes possuíam um direito autônomo à prova, desvinculado de qualquer processo onde se discuta o acerto do direito e sem que a parte tenha a necessidade de demonstrar a urgência na produção de determinado meio de prova¹⁹².

¹⁹² Sobre o tema Chiara Besso afirma que: “*Il modello di prova anticipata proposto è quindi un modello che consente l’assunzione prima del processo di uno qualsiasi dei mezzi di prova purché la parte richiedente dimostri di avere interesse giuridico alla conservazione o alla fissazione dell’elemento di prova un futuro, eventuale giudizio di merito. Lo stato oggettivo di pericolo, che faccia apparire probabile il verificarsi del danno derivabile della insoddisfazione del diritto alla prova, se può costituire il motivo che*”

A consequência natural dessa constatação é justamente permitir que as partes busquem judicialmente a obtenção dessa prova, da forma mais ampla possível, pois, havendo direito autônomo à prova (direito material de a parte ter acesso à prova), a Constituição Federal impõe a que haja direito de ação para tutelá-lo¹⁹³. Conforme o inciso XXXV do art. 5º: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”¹⁹⁴

Ou seja, a consequência natural de se constatar que o direito à prova é um direito autônomo é garantir que aqueles que se afirmam titulares desse direito possam exercer direito de ação para tutelá-lo.

Nesse sentido, seria inclusive desnecessária a previsão expressa no Código de Processo Civil de haver uma *ação probatória autônoma* (produção antecipada da prova), pois sua existência decorre diretamente do sistema processual.

De todo modo, é relevante a previsão estabelecida no artigo 381 do CPC acerca de sua existência – inclusive para fins de evitar interpretações equivocadas.

De outro lado, a constatação de que, a rigor, a existência do dispositivo legal seria dispensável para reconhecer a existência da ação de produção antecipada da

sta alla base della richiesta di prova prima del processo, non è condizione necessaria per la concessione della misura” (BESSO, Chiara. La prova prima del processo. Turim: G. Giappichelli, 2004, p. 210).

¹⁹³ Nesse sentido Flávio Luiz Yarshell afirma que “A medida probatória autônoma encontra fundamento no poder ou direito de ação (CF, art. 5º, XXXV), que tem amplitude suficiente para autorizar o interessado, sem propriamente invocar a declaração do direito material em dado caso concreto, a postular atuação estatal dirigida a busca, obtenção e produção de providências de instrução” (YARSHELL, Flávio Luiz. Breves comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.027).

¹⁹⁴ “Quando a norma fala em lesão e em ameaça a direito, obviamente está se referindo a afirmação de lesão e de ameaça a direito, uma vez que, quando se invoca a jurisdição, afirma-se um direito. Vale dizer: não é necessário ser titular de um direito para ser possível propor uma ação. Quando se diz que a lei não excluirá afirmação de direito, não se garante apenas que esse possa ser afirmado. Ora, como consequência lógica, esse direito de afirmação traz implícita a possibilidade da sua efetiva apreciação pelo Poder Judiciário (daí a razão pela qual existe uma simetria entre o direito ao contraditório, essencial à organização de um processo justo, e o dever de fundamentação das decisões judiciais, arts. 5.º, LIV e LV, 93, IX, da CF, e 7.º, 9.º, 10, 11 e 489, II, do CPC). Deixe-se claro, porém, que o direito de ação não é apenas o direito de afirmar um direito material em juízo ou o direito de formular um pedido de tutela do direito material com base em fundamentos de fato e direito. A ação não se resume ao ato estático que invoca a jurisdição. Não é um ato solitário, uma simples demanda, como se o direito de ação pudesse ser restringido ao requerimento inicial de tutela jurisdicional, sendo antes um complexo de posições jurídicas previstas ao longo de todo o procedimento que visa tendencialmente à tutela do direito mediante uma decisão justa e passível de adequada efetivação” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Vol. 1. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 249/250).

prova permite que se compreenda que as funções expostas no texto legal não são as únicas possíveis para essa espécie de demanda.

Assim, é preciso examinar as funções desse importante instituto com olhos voltados para todo o sistema e não apenas para as três hipóteses apresentadas nos incisos do art. 381 do CPC, as quais, entretanto, constituem fundamental ponto de partida para a análise do tema.

Não é possível negar, porém, que o reconhecimento da autonomia do direito à prova e a consequente aplicação do objeto do instituto exigem que sejam estabelecidos limites à sua utilização, especificamente para evitar abusos por parte dos litigantes ou ineficiência do sistema de resolução de conflitos com aumento de custos e de tempo despendidos.

Essa preocupação é constante¹⁹⁵ em países de tradição de *common law*, onde se faz uso de um sistema probatório pré-processual amplo (p. ex., *discovery* nos Estados Unidos da América), e tem merecido a atenção de estudiosos do tema¹⁹⁶.

Nessa ordem de ideais, é preciso definir limites para a produção antecipada da prova, de modo a evitar que os problemas vivenciados em sistemas onde há ampla possibilidade de produção prévia das provas se repliquem no Brasil, com a utilização do instituto da produção antecipada da prova.

¹⁹⁵ “To suggest that discovery costs have been the subject of substantial scholarly and judicial controversy would be an understatement. Over the years, numerous amendments to the Federal Rules of Civil Procedure have been promulgated in an effort to curb discovery costs, and more recently the Supreme Court appeared to toughen the pleading standards expressly because of the burdensome costs that result when vague allegations are allowed to proceed to the discovery stage” (REDISH, Martin H.; MCNAMARA, Colleen. Back to the Future: Discovery Cost Allocation and Modern Procedural Theory. THE GEORGE WASHINGTON LAW REVIEW, Vol. 79, April, 2011, nº 3, p. 772).

¹⁹⁶ Comentando sobre tais abusos antes da vigência das *Civil Procedure Rules* inglesas, José Carlos Barbosa Moreira afirma que: “adotam as *Civil Procedure Rules* disciplina mais minuciosa – e, em alguns aspectos, restritiva – da atuação dos advogados na pesquisa de material probatório. O mecanismo tradicional dessa pesquisa era a denominada *discovery*, mediante a qual cada advogado podia obter, fora do âmbito judicial, dados de fato para fundamentar suas alegações, nomeadamente examinar documentos do adversário. 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” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. In Temas de Direito Processual, Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 58).

Em síntese, portanto, de um lado será preciso apontar as “novas” funções da produção antecipada da prova, para que o instituto possa ser utilizado de forma plena e possibilite inúmeras vantagens às partes e ao próprio sistema processual; de outro lado, é preciso fixar limites à utilização do instituto, de modo a evitar que sua utilização crie ineficiências no sistema – justamente o que sua utilização correta visa a evitar – ou seja, voltada à violação de direitos, como, por exemplo, o da intimidade.

Essa capítulo visa justamente a tratar dessa dupla perspectiva, iniciando pelas funções do instituto, de modo a demonstrar sua amplitude e, ao final, tratar dos necessários limites à sua utilização.

3.1. Funções da Produção Antecipada da Prova

3.1.1. As Funções Relacionadas com a Urgência: Tutela Provisória na Produção Antecipada da Prova

Como já se afirmou acima, não existem duas *modalidades* de produção antecipada da prova (com e sem urgência), mas apenas o reconhecimento de um direito autônomo à prova, tutelável por meio da ação de produção antecipada da prova.

Em se tratando de um direito autônomo, é possível haver situações em que será necessária a concessão de tutela provisória para preservar a existência desse direito ou antecipar sua fruição.

Assim, o primeiro dos incisos do art. 381 do CPC trata justamente das situações em que é preciso conceder tutelas provisórias – seja de caráter cautelar¹⁹⁷, seja de caráter antecipado – acerca do direito autônomo à prova.

É nesse sentido que o dispositivo diz ser possível a produção antecipada da prova quando: “haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação”.

¹⁹⁷ Eduardo Arruda Alvim afirma que “prevê o art. 381, I, do CPC/2015 clara hipótese de tutela provisória de urgência cautelar” (ARRUDA ALVIM, Eduardo. Tutela Provisória. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 2017, p. 93).

Desse ponto de vista, quando for necessário conceder tutela provisória cautelar na produção antecipada da prova, ocorrerá a produção antecipada daquele determinado meio de prova que, caso as partes aguardem para produzi-lo no curso da produção antecipada da prova ou em eventual processo futuro, tem altas chances de perecer.

Nesses casos, a função precípua de se produzir a prova antecipadamente será permitir que ela seja utilizada posteriormente, seja pela parte, seja por eventual e futuro órgão julgador.

Sobre essa função, a doutrina elaborada no CPC/1973, a qual é plenamente aplicável na vigência do CPC/2015¹⁹⁸, apresentava dois exemplos: a oitiva de testemunha que se encontra enferma ou que, por alguma outra razão¹⁹⁹, tem maiores chances de óbito²⁰⁰; e a prova pericial, cujo objeto se encontra em risco de perecimento.

Nessas situações, portanto, a primeira das funções da produção antecipada da prova será a de antecipar a produção de determinado meio de prova, de modo a permitir que ele seja valorado pelas partes e, se for o caso, levado a eventual e futuro processo onde se discuta o acertamento do direito e, então, devidamente valorado pelo órgão julgador.

¹⁹⁸ Nesse sentido Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero afirmam 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. Vol. II. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, 316).

¹⁹⁹ Em matéria penal, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado (Cf. Informativo de jurisprudência n. 0549, de 5 de novembro de 2014) no sentido de que “pode ser deferida produção antecipada de prova testemunhal - nos termos do art. 366 do CPP - sob o fundamento de que a medida revelar-se-ia necessária pelo fato de a testemunha exercer função de segurança pública”.

²⁰⁰ A produção antecipada da prova também era utilizada para tal função em países de tradição anglo-saxã, primeiro nas cortes de chancelaria e depois nas cortes de *common law*. Nesse sentido, George Reglad Jr. afirma que: “*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*” (RAGALAND JR., George. *Discovery Before Trial*. Chicago: Callaghan and Company, 1932, p. 19).

Vale destacar que, mesmo nessas hipóteses, a produção daquele determinado meio de provas terá outras funções – ainda que elas não sejam as pretendidas inicialmente pelas partes.

Dentre essas funções estão aquelas relacionadas à organização do futuro e eventual processo e à facilitação de técnicas de autocomposição, as quais serão tratadas adiante.

Ou seja, ainda que o objetivo precípua seja preservar determinado meio de prova, a ponto de permitir que ele seja utilizado posteriormente, as demais funções da produção antecipada da prova também serão atingidas.

Há, ainda, situações em que a urgência na produção da prova não dirá respeito à preservação do meio de prova, mas à urgência em ter acesso a ele.

Nesses casos será possível que a parte requeira (e o juiz conceda) tutela provisória de natureza antecipada, de modo a permitir que a parte tenha acesso a determinado meio de prova antes do tempo *normal* dentro do procedimento de produção antecipada da prova.

Portanto, há urgência na obtenção de determinado meio de prova, não porque será impossível que ele seja produzido no futuro, mas porque a parte precisa ter acesso a ele imediatamente.

Nesse sentido, podemos imaginar, por exemplo, uma situação em que determinada empresa se encontra em vias de realizar determinado negócio, porém, para que sua tomada de decisão seja realizada de forma plena e consciente, é preciso ter acesso a determinado documento, que se encontra na posse de terceiros.

Outro possível exemplo seria quando determinado acionista de uma grande companhia precisa ter acesso a documentos relacionados aos temas que deverão ser votados em assembleia geral de acionistas, sem os quais sua tomada de decisão acerca de seu voto será incompleta.

Essas situações exigem urgência na obtenção da prova, a qual, entretanto, difere daquela existente quando se há risco de perecimento da prova, mas não deixa de ser igualmente tutelável pelo Poder Judiciário através da concessão de tutela provisória.

Essa possibilidade é consequência natural da constatação de que existe um direito autônomo à prova, afinal, em se tratando de um direito com essas características, é necessário que haja ferramentas processuais – como a tutela provisória de urgência antecipada – para que a tutela jurisdicional pretendida não seja inútil.

Assim, a lógica aplicável à produção antecipada da prova deve ser a mesma aplicável a qualquer outra espécie de direito cuja discussão foi levada a juízo.

Nesse sentido, guardadas as devidas proporções e peculiaridades, quando determinada pessoa vai a juízo requerer a realização de determinada cirurgia em caráter de urgência, pois se encontra em risco de vida e seu plano de saúde insiste em negar a cobertura, ela expõe ao juiz duas situações: i) a de que ela tem direito à realização dessa cirurgia; ii) a de que, caso não seja determinada a realização com urgência, muito provavelmente ao final do processo ela (cirurgia) será inútil.

No caso da produção antecipada da prova, a situação é a mesma: a parte vai a juízo requerer a produção de determinado meio de prova, mas demonstra urgência em ter acesso a ele, pois, por exemplo, é preciso que seu conteúdo seja conhecido antes de determinada empresa apresentar proposta em licitação pública cujo prazo previsto no edital se encerra em poucos dias.

No exemplo do parágrafo acima, caso não exista um instrumento apto a permitir que a parte obtenha aquela determinada prova em caráter de urgência, a tutela jurisdicional pretendida – leia-se, a obtenção ou produção daquele determinado meio de prova – será inútil, o que não se pode admitir diante da previsão do inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

Nessa linha de raciocínio, a produção antecipada da prova também é instrumento hábil para tutelar a urgência relacionada à necessidade de se obter a prova – e não apenas aquela relacionada ao perigo de perecimento da prova –, e o instrumento processual para tanto é a concessão de tutela provisória de urgência.

Importante destacar, no entanto, que conforme já se defendeu, diante do reconhecimento legislativo de que existe um direito autônomo à prova, não há como sustentar que existem “duas modalidades” de produção antecipada da prova.

A natureza jurídica da produção antecipada da prova é de demanda e, portanto, seu objeto é produzir determinado meio de prova – o que deve ser autorizado independentemente de urgência.

Caso, entretanto, a situação vivenciada pelas partes demonstre haver urgência na produção daquele determinado meio de prova – seja porque ele se encontra em risco de perecimento, seja porque há urgência em obtê-lo –, o meio próprio para tutelar tal urgência será utilizar a tutela provisória, a qual terá natureza cautelar na primeira hipótese e natureza antecipada na segunda hipótese.

De todo modo o que é importante ficar claro é que a urgência não é mais um requisito necessário para autorizar a produção de determinado meio de prova, pois se trata de direito autônomo²⁰¹ que merece tutela própria e independente. Assim, nas ações probatórias autônomas, servirá apenas para justificar (ou não) a concessão de tutela provisória – nada mais.

²⁰¹ “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. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 73).

3.1.2. As Funções Relacionadas a Eficiência e Organização do Processo

A grande inovação do ponto de vista do direito positivo em relação à produção antecipada da prova relaciona-se com sua dissociação do requisito da urgência²⁰² e a constatação de que existe um direito autônomo à prova²⁰³⁻²⁰⁴.

No direito positivo brasileiro, tal previsão se encontra prevista nos incisos II e III do art. 381 do CPC, que estipulam, respectivamente: “a produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito²⁰⁵; III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”.

Vale destacar, no entanto, e desde o início, que uma vez reconhecida a existência de um direito autônomo à prova, a existência de uma *ação probatória autônoma* que vise a tutelar tal direito decorre diretamente do direito de ação, previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, de modo que suas funções não estão limitadas aos incisos do art. 381 do CPC.

²⁰² Flávia Bittar, em conferência realizada nas XII Jornadas Brasileiras de Direito Processual, trouxe interessante termo para tratar da produção antecipada da prova dissociada da urgência: “produção antecipada da prova em razão da conveniência”.

²⁰³ Segundo anotam Elizabeth Fahey e Zhirong Tao: “*Evidence discovery originated from the civil litigation of Anglo-American law; it is a specialized litigation process of evidence and information collection*” (FAHEY, Elizabeth; TAO, Zhirong. *The Pretrial Discovery Process in Civil Cases: A Comparison of Evidence Discovery between China and the United States*, 37 B. C. Int'l & Comp. L. Rev. 281, 332, 2014).

²⁰⁴ Entre o final do século 19 e o início do século 20, a Suprema Corte do Estado do Kansas, nos Estados Unidos da América, afirmou em diversos julgamentos que os litigantes tinham direito de obter os testemunhos de forma prévia ao litígio, tendo decidido que: “*Now the giving of testimony, whether on the trial or by deposition, is not a privilege of the witness, but a right of the party. He need not solicit; he can compel*” (Tal decisão foi proferida no caso *Abeles* (1874) 12 Kan. 451, 452. e seu conteúdo constou de vários casos futuros como, por exemplo: *Tyson v. Savings and Loan Association* (1900) 156 Mo. 588, 57 S. W. 740; *Western Union Telegraph Co. v. Williams* (1908) 129 Ky. 515, 112 S. W. -651; *Owensboro City Ry. Co. v. Rowland* (1913) 152 Ky. 175, 153 S. W. 206).

²⁰⁵ Nas cortes de chancelaria do direito anglo-saxão, a introdução dos procedimentos probatórios prévios tinha, guardadas as devidas proporções e peculiaridades, objetivo parecido com o indicado no inciso II do art. 311 do CPC. Nesse sentido, segundo anota George Ragland Jr., seu objetivo precípua era: “*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* de George Ragland Jr., Chicago: Callaghan and Company, 1932, p. 13/14).

De outro lado, a existência de tais incisos no Código de Processo Civil é indiscutivelmente relevante para deixar clara a existência do direito autônomo à prova. Não bastasse isso, é relevante para indicar algumas das funções do instituto.

São várias e extremamente relevantes as funções que podem ser atribuídas à produção antecipada da prova, entre elas: i) a função de facilitar a autocomposição e a utilização de meios adequados para solucionar conflitos; e ii) a função de organização processual e pré-processual.

No capítulos e subcapítulos abaixo, trataremos de tais funções com maior profundidade, de modo a demonstrar sua relevância para o sistema processual civil introduzido pelo CPC/2015.

3.1.2.1. Produção Antecipada da Prova e Meios Adequados de Resolução de Conflitos

A utilização da produção antecipada da prova como instrumento para facilitar a autocomposição e a utilização de meios adequados para resolução de conflitos²⁰⁶ é extremamente relevante, pois vai ao encontro do objetivo precípua do processo²⁰⁷ – a resolução do conflito – e do escopo social da jurisdição: a pacificação social.

Esse objetivo, encampado pelo CPC/2015, decorre da percepção de que:

o mecanismo estatal de resolução de disputas não tem sido capaz de atender à crescente demanda por justiça, envolvendo diferentes matérias e grandes quantidades de pessoas, em razão de o processo judicial ainda ser ineficiente, caro e incerto quanto a seus resultados, o

²⁰⁶ Michele Taruffo aponta que: “*Uno de los fenómenos más relevantes en la reciente evolución de muchos ordenamientos, es el recurso masivo a los llamados métodos alternativos de resolución de controversias*” (TARUFFO, Michele. Una alternativa a las alternativas: modelos de resolución de conflictos. *Páginas sobre justicia civil*. Marcial Pons, 2009, p. 115).

²⁰⁷ Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça, em sua Resolução n. 125/2010: “Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências”. Diz, entre outras coisas, que: “cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação”.

que leva a ser considerado em algumas situações, incapaz de garantir a solução satisfatória com a disputa^{208_209}.

E “a reação lógica a essa constatação tem sido a busca de outros meios que supram a insuficiência da prestação jurisdicional, entre os quais sobressai a conciliação”²¹⁰.

É por essa razão que o CPC/2015 privilegiou de maneira bastante evidente os meios adequados de resolução de conflitos²¹¹.

Nesse sentido, é possível constatar tal preferência e incentivo em diversos dispositivos do código, entre eles os §§2º e 3º do art. 3º do CPC/2015, inseridos no capítulo I do livro I denominado “Das normas fundamentais do processo civil”, que preveem que: “§2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos; §3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Além desses dispositivos, que se encontram entre os parâmetros hermenêuticos do direito processual civil brasileiro, o CPC/2015 introduziu relevante alteração estrutural no procedimento comum²¹², com o objetivo de privilegiar a utilização dos meios adequados de resolução de conflitos²¹³.

²⁰⁸ CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Governança judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 219.

²⁰⁹ Em sentido semelhante: TARUFFO, Michele. Una alternativa a las alternativas: modelos de resolución de conflictos. Páginas sobre justicia civil. Marcial Pons, 2009, p. 115.

²¹⁰ CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Governança judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 219.

²¹¹ Segundo o informe “Justiça em Números”, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2018, 12,1% dos processos judiciais são encerrados por acordo.

²¹² Sobre o tema, Cássio Scarpinella Bueno afirma que: “o CPC de 2015 – e nisso reside uma importante diferença quando ele é comparado com seu antecessor, o CPC de 1973 – é repleto de técnicas destinadas à obtenção de resolução de conflito independentemente do proferimento de decisões impositivas pelo Poder Judiciário. Para demonstrar o acerto da afirmação, basta destacar que o ato inicial do procedimento comum, de acordo com o art. 334 do Código de Processo Civil não é, como regra, para que o réu apresente contestação (defesa) – como era no CPC de 1973 –, mas para que compareça a uma audiência de conciliação ou mediação, com a (desejável) intermediação de um conciliador ou de um mediador, busque solução consensual, quiçá negociada, do conflito, tornando desnecessária, por isso mesmo, que seja proferida decisão (sentença) do magistrado a respeito do que levou o autor a dar início ao processo, buscando a tutela jurisdicional” (SCARPINELLA BUENO, Cássio. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 46/47).

²¹³ Segundo José Rogério Cruz e Tucci, atualmente há “generalizada tendência no âmbito da legislação de vários países a acolher e fomentar mecanismos alternativos de resolução das controvérsias”, e a partir de 2010 houve inúmeras alterações legislativas em países da União Europeia nesse sentido, entre elas, segundo aponta o autor, o Decreto-lei n. 28/2010 (alterado pela Lei n. 98/2013) na Itália e o §278, 2 e 3 da ZPO,

Nos termos do art. 334²¹⁴, o CPC/2015 passou a prever que, no procedimento comum, recebida a petição inicial, o réu será citado para comparecer a audiência de conciliação ou mediação, e o prazo para apresentar defesa terá início somente após a realização dessa audiência e caso as partes não entabulem acordo²¹⁵⁻²¹⁶.

Ou seja, o legislador teve toda uma preocupação no sentido de incentivar as partes a entabulem acordos e a resolverem de forma consensual os conflitos, sendo esse um dos principais escopos do CPC/2015.

E, nesse cenário, a produção antecipada da prova tem papel extremamente relevante, senão indispensável, para que os objetivos propostos pelo legislador sejam alcançados.

Isso porque, segundo anota Vitor de Paula Ramos²¹⁷, para que as partes possam negociar acordos de forma mais adequada, é necessário que elas tenham ciência do resultado da prova que recairá sobre os fatos subjacentes ao litígio.

com redação de 21 de julho de 2012, na Alemanha (CRUZ E TUCCI, José Rogério. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. VII (arts. 318 a 368). José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli e João Francisco Naves da Fonseca (coords.). São Paulo: Saraiva, 2016, p. 171).

²¹⁴ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

²¹⁵ Nesse sentido, Eduardo Cambi afirma que: “O NCPC inova em relação ao CPC/1973, pois estabelece a possibilidade de realização de audiência de conciliação ou de mediação antes da resposta do réu. Este é citado apenas para participar dessa audiência. E, tão-somente, se restarem frustrados os mecanismos de autocomposição, é que começará a correr prazo para o réu contestar. O NCPC aposta em meios alternativos de resolução de controvérsias, por considerá-los mais adequados, rápidos, baratos e eficientes” (CAMBI, Eduardo. Breves comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed. 2017, p. 971).

²¹⁶ Interessante notar que a existência dessa espécie de audiência é indicada como um dos meios aptos e próprios para propiciar a solução consensual de conflitos em sistemas processuais bastante diferentes, como, por exemplo, o canadense. Nesse sentido, em artigo datado de junho de 1994, o Professor David C. Elliot já sustentava essa posição, como se pode notar no trecho abaixo transcrito: “*The judiciary have shown a surge of interest in providing more effective means of dispute resolution. One of these mechanisms is the pre-trial settlement conference. In years past, pre-trial conferences in litigation were focused primarily on ensuring that the litigants were prepared to proceed to trial. Increasingly, Rules of Court are being amended to provide judges with greater opportunity to meet with lawyers and their clients, and explore the possibilities of resolving the litigation before trial*” (ELLIOT, David C. Creative Collaboration: A sudden outbreak of common sense? (disponível em <http://www.davidelliott.ca/papers/creativecollaboration.doc>, acesso em 1º de setembro de 2018, as 17h02).

²¹⁷ “O legislador parte de uma premissa, acertada em geral, de que, cientes do resultado da prova produzida (imagine-se, para facilitar, uma prova pericial que indique a responsabilidade de uma construtora por vícios construtivos encontrados em um edifício), as partes possuem melhores condições de fazer acordos. Em outras palavras: o legislador acredita que com a instituição do procedimento de produção ‘antecipada’ de provas sem o requisito da urgência as partes terão mais e melhores condições de negociar, o que, em tese, serviria de estímulo bastante concreto para a formação de acordos” (RAMOS, Victor de Paula. O procedimento de produção “antecipada” de provas sem requisito de urgência no novo CPC: a teoria dos

Essa função dos procedimentos probatórios prévios ao litígio é reconhecida e largamente utilizada em países de tradição anglo-saxã.

Nesse sentido, ao tratar da ação probatória prévia ao litígio no sistema processual dos Estados Unidos da América (denominado *discovery*), Elizabeth Fahey e Zhirong Tao afirmam que a utilização dessa técnica possibilitará às partes ter maiores detalhes do caso, ter consciência acerca de suas vantagens e fraquezas, e estimar suas chances no processo – e com base nessas constatações poderão tomar a decisão (consciente) de entabular um acordo ou litigar²¹⁸.

Na verdade, propiciar um ambiente favorável à negociação é apenas consequência de uma das funções precípuas da produção antecipada da prova: permitir que as partes analisem de forma efetiva os riscos relacionados ao litígio e compreendam quais são suas efetivas posições processuais.

Assim, na verdade, mais do que propiciar um ambiente favorável à utilização de meios adequados de resolução de conflitos, a utilização da produção antecipada da prova é importante para que as partes possam ter acesso a informações fidedignas e completas acerca dos fatos subjacentes ao conflito, de modo que possam aferir: i) quais serão seus riscos e chances ao litigar sobre aquela determinada questão; ii) quais serão os custos necessários para litigar sobre aquela determinada questão; iii) qual é efetivamente o objeto daquele litígio.

Em outras palavras, a produção antecipada da prova permitirá que as partes acessem o material probatório subjacente ao conflito em que estão envolvidas, tendo a oportunidade de exercer atividade valorativa sobre ele antes de assumirem os riscos e custos de um litígio acerca do direito material.

É importante notar que qualquer método de resolução de conflitos tem como objetivo – por evidente – colocar fim a uma situação conflituosa vivenciada entre

jogos e a impossibilidade de acordos sem calculabilidade de riscos. Revista de Processo – RePro, vol. 263/2017, p. 313-332)

²¹⁸ “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. A Comparison of Evidence Discovery between China and the United States, 37 B. C. Int'l & Comp. L. Rev. 281, 332, 2014).

duas ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, com pontos de vista antagônicos, sendo certo, ainda, que não raras vezes a solução do conflito tem como maior ponto de divergência as premissas fáticas²¹⁹ – o que impede que as partes se conciliem.

Nesse sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves²²⁰ afirma com acerto que: “a incerteza fática é, certamente, um obstáculo para que se obtenha a conciliação, porque as partes dificilmente aceitarão abrir mão de algum direito que imaginam ter sem uma definição, mínima que seja, da situação fática”.

A veracidade dessa afirmação pode ser verificada, por exemplo, em caso que verse sobre responsabilidade civil por erro médico. Nessa situação, é possível supor que o médico, consciente e conhecedor de suas responsabilidades, não se negaria a indenizar paciente que tenha sofrido lesão em decorrência de um erro no curso de um procedimento cirúrgico. De outro lado, também é possível supor que o paciente, ciente de seus direitos e deveres, não requereria indenização caso o sofrimento a ele causado fosse inerente ao procedimento cirúrgico, o qual ocorreria mesmo tendo havido atuação irretocável do médico.

Nesse exemplo, o médico sabe de seu dever de indenizar caso tenha cometido erro, e o paciente sabe que não tem direito a indenização caso o erro não tenha ocorrido; no entanto, a discordância de ambos está justamente na questão fática: se houve ou não erro.

E, por certo, havendo tamanha divergência fática, existirá sempre uma enorme lacuna entre as posições e os interesses das partes, o que inviabiliza qualquer possibilidade de convergência acerca das formas de solucionar o conflito.

No sistema processual civil anterior, a única forma de resolver essa divergência fática era no curso de processo judicial, momento no qual o autor (o paciente, nesse exemplo) já teria *afirmado* ter havido erro, e o réu (o médico) já teria afirmado que

²¹⁹ Nesse mesmo sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves afirma que: “É verdade que, em muitas hipóteses, a parte sabe exatamente como ocorreram os fatos, embora não esteja disposta a reconhecer isso em juízo; mas não são desprezíveis as hipóteses em que as próprias partes não são aptas a conhecer, com a devida precisão, os fatos envolvidos no litígio, o que somente se tornará possível após a produção da prova” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações Probatórias Autônomas*. São Paulo, Editora Saraiva, 2008, p. 434).

²²⁰ *In* *Ações Probatórias Autônomas*. São Paulo, Editora Saraiva, 2008, p. 434/435.

o erro é inexistente. Mais importante, nesse momento ambas as partes já assumiram custos (como o pagamento de custas processuais, a contratação de advogado, entre outros) e riscos (como o pagamento de honorários advocatícios).

Ou seja, como diz Rogério Licastro Torres de Mello²²¹, naquele sistema, o cenário se mostrava absolutamente pernicioso, pois:

à parte que esteja diante de situação de hipotético problema jurídico não cabe outra alternativa senão a propositura da ação principal, para apenas na fase instrutória desta apurar se realmente tem razão. Não se faculta ao jurisdicionado brasileiro, hoje, qualquer mecanismo de prospecção prévia de informações de modo que se consolide a grave decisão de propor a ação principal de acerto de direitos.

Na Alemanha, segundo anota Fábio Peixinho Gomes Corrêa, em determinado momento, percebeu-se que era preciso alterar o modelo de resolução de conflitos para torná-lo mais eficiente, mediante a utilização de meios adequados para resolução de conflitos. Para atingir tal objetivo,

o legislador alemão compreendeu que os litigantes, ao longo do processo, precisavam formar com clareza sua ideia a respeito do possível deslinde do feito, o que implicava saber com antecedência as questões jurídicas e fáticas consideradas relevantes para o julgador, para poderem contribuir para sua elucidação. Assim, foram realizadas modificações para que métodos de condução do processo baseados na cooperação entre o Juiz e as partes se tornasse uma obrigação geral para todas as cortes²²².

No nosso sistema, uma das funções da produção antecipada da prova é justamente corrigir esse problema estrutural, pois, ao utilizá-la, as partes têm acesso ao material probatório antes da instauração de processo judicial²²³ que vise a solucionar o conflito.

Isso porque, tal qual ocorre no *discovery* norte-americano, na produção antecipada da prova, “informações sobre qualquer tema podem ser obtidas, pelo menos

²²¹ In O Projeto de Novo CPC e a Ação Probatória Não Cautelar. Revista de Processo, vol. 233/2014, p. 92, jul./2014.

²²² CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Governança judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 128.

²²³ Nesse contexto, o termo “processo judicial” significa processo que vise ao acerto do direito material.

diante de demonstrada necessidade, desde que não protegidas por sigilo e desde que relevantes para o objeto da ação”²²⁴.

E a análise desse material probatório – exercício de efetiva atividade valorativa – fará com que as partes verifiquem se suas crenças acerca de como os fatos ocorreram está correta ou viciada, bem como verifiquem se diante das provas vale a pena (ou não) litigar, avaliando, nesse sentido e entre outras coisas, o custo benefício do litígio.

Ademais, a partir do momento que as partes têm acesso ao material probatório subjacente ao litígio, elas poderão utilizá-lo como meio de convencer a outra parte²²⁵⁻²²⁶. Ou seja, a prova passa a ter a função não apenas de formar o convencimento pessoal, mas também de servir como instrumento de convencimento da parte contrária – como meio persuasivo para que ocorra uma solução consensual do conflito²²⁷.

Por essas razões, é possível verificar que a produção antecipada da prova é importante instrumento para auxiliar as partes a solucionarem os conflitos em que estão envolvidas, especialmente por permitir que elas tenham os subsídios necessários para analisar suas efetivas posições jurídicas e, então, tomar decisões conscientes sobre transigir ou litigar. Trata-se, portanto, de instrumento que permite às partes exercerem papel de protagonistas na resolução de seus próprios conflitos.

A questão que se coloca é se o jurisdicionado brasileiro encontra-se preparado para tomar para si a responsabilidade de resolver seus próprios problemas, sem

²²⁴ FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*. 4. ed. St. Paul: West Group, 2005, p. 399.

²²⁵ No direito norte-americano, há o chamado *neutral expert factfinding*, onde, segundo anota Daniel Amorim Assumpção Neves, “as partes, cientes da importância da prova pericial para o destino de suas pretensões, indicam um perito para que se defina a atuação probatória antes mesmo do processo, o que proporcionará a elas uma melhor definição do plano fático” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações Probatórias Autônomas*. São Paulo, Editora Saraiva, 2008, p. 436).

²²⁶ Sobre o *neutral expert factfinding*, o professor David C. Elliot afirma que: “*In cases involving complex scientific, sociological, technical, economic, business or workplace issues, some parties ask an impartial technical expert to examine and evaluate the disputed facts and key issues, and provide a non-binding report to both of the parties about how the issue should be resolved. In some cases, the parties agree either before or after the report has been issued that the report will be binding*” (ELLIOT, David C. *Creative Collaboration: A sudden outbreak of common sense?* (disponível em <http://www.davidelliott.ca/papers/creativecollaboration.doc>, acesso em 1º de setembro de 2018, as 17h02).

²²⁷ Nesse sentido, “*porqué no pensar en que la finalidad probatoria tiene también como destino persuadir a otro de la razón de nuestras posiciones. Si aquél no fuese aun adversario, ni tuviese ante si la eventualidad concreta de una demanda judicial, es posible que mediante la prueba acumulada antes del proceso y fuera de él, pudiera conseguir un argumento suficiente para revertir la crisis y lograr un acurdo extrajudicial*” (GOZAÍNI, Oswaldo A. *Formas Alternativas Para la Resolución de Conflictos* (Arbitraje, Mediación, Conciliación, Ombudsman, etc.), Editorial Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 349).

depende de um terceiro para isso, o que não vem acontecendo com frequência, haja vista a miríade de processos judiciais em curso, cujo objeto tem pouca ou nenhuma relevância social e/ou econômica.

Uma das propostas do CPC/2015 é justamente alterar esse panorama, criando mecanismos – entre eles a produção antecipada da prova – para que as partes atuem de forma ativa e direta na construção de soluções para os conflitos em que estão inseridas.

De outro lado, a efetiva utilização de tais mecanismos depende de uma efetiva colaboração das partes e, principalmente, dos demais atores processuais (advogados, promotores e juízes), uma vez que nossa cultura de solução de conflitos ainda é demasiadamente arraigada a meios heterocompositivos.

Essa colaboração será necessária não apenas no momento de optar por fazer uso de determinada técnica processual – como a produção antecipada da prova –, mas também no momento de sua efetiva utilização.

Veja-se, nesse sentido, que a produção antecipada da prova, a despeito de ter a função precípua de tornar o processo mais eficiente e facilitar a utilização de meios adequados de resolução de conflitos, pode ser utilizada de forma abusiva pelos litigantes – aumentando o custo e o tempo despendido no processo.

Essa utilização abusiva, como já se mencionou anteriormente, vem sendo objeto de preocupação e estudo em países onde tal tipo de procedimento é difundido, como os Estados Unidos da América.

A verdade, portanto, é que a utilização dessa ferramenta depende de uma mudança cultural das partes e de seus advogados e, ainda, de uma postura rígida do Poder Judiciário no sentido de coibir atos abusivos na utilização da produção antecipada da prova – tais como a produção de provas inúteis mesmo em tese, a falta de colaboração na exibição de documentos²²⁸ ou, ainda, o requerimento de exibição de provas sabidamente sigilosas.

²²⁸ No *discovery* norte-americano existem situações em que determinada parte, com o objetivo de dificultar o trabalho da outra parte e do próprio tribunal, disponibiliza inúmeros documentos e informações inúteis

De todo modo, todas essas preocupações e dificuldades não podem desestimular o uso da produção antecipada da provas, pois, como anotam Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres e Rogério Licastro²²⁹, ela consiste em “medida voltada à redução da litigiosidade, seja por incentivar as partes a transigirem, seja por desestimulá-las a promoverem demandas fadadas ao insucesso”. Entretanto, a efetiva redução da litigiosidade dependerá da postura adotada pelas partes e do controle desta pelo Poder Judiciário.

Em outras palavras, por se tratar de instituto cuja utilização não pode ser imposta pelo Estado-juiz, alcançar as vantagens e o pleno potencial da produção antecipada da prova dependerá do modo e da frequência com que o instituto será utilizado, o que, por sua vez, depende de uma virada cultural das partes e dos procuradores acerca de quem deve ser o protagonista na resolução dos conflitos: se o Estado-juiz ou se os diretamente envolvidos no conflito.

A verdade é que, se bem utilizada, a produção antecipada da prova é importante ferramenta para que as partes possam resolver os conflitos por meios adequados, sendo capaz de colocar fim a divergências fáticas, o que, como se viu, é um dos principais motivos pelo qual as partes deixam de transigir.

3.1.2.2. A produção antecipada da prova como meio de organizar o litígio

O tema da *organização do processo* vem ganhando grande relevância de algum tempo para cá. O interesse sobre esse tema decorre do antigo desejo – e necessidade – de se ter um processo jurisdicional mais célere e eficaz.

O meio para alcançar esses objetivos é ter um processo mais eficiente, e um dos meios de empregar eficiência ao processo é organizando-o²³⁰.

junto com os úteis, de modo a aumentar o tempo gasto na avaliação e catalogação dos documentos. A essa postura, convencionou-se chamar de “avalanche de papéis”.

²²⁹ ARRUDA ALVIM, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 660.

²³⁰ Nesse sentido, Fabiano Carvalho afirma que “a eficiência processual está ligada à gestão – ou gerenciamento do processo” (CARVALHO, Fabiano. O princípio da eficiência no processo coletivo: Constituição, microsistema do processo coletivo e novo Código de Processo Civil. In Ação Civil Pública

Basicamente, pode-se falar sobre a organização do processo de duas perspectivas distintas: a organização prévia à sua instauração e a organização no curso do processo – a produção antecipada da prova tem função preponderante em ambas as perspectivas, como se verá adiante.

Nesse sentido, de um lado, a produção antecipada da prova auxiliará a parte a tomar decisões estratégicas relevantes antes do início do litígio e, de outro lado, permitirá que o transcurso do litígio já existente seja mais eficiente, eficaz e legítimo. É sobre o que se passa a discorrer com maior profundidade nas linhas abaixo.

3.1.2.2.1. A Organização Prévia à Efetiva Instauração de Processo Judicial que Verse sobre o Acertamento do Direito

A estratégia e a organização do processo se iniciam muito antes da elaboração e distribuição da petição inicial, mesmo que, atualmente, não se tenha plena consciência em relação a isso.

É nessa fase, por exemplo, que o autor (ou autores) define quem estará no polo passivo e qual objeto será discutido naquela determinada demanda.

Assim, por exemplo, em um acidente de trânsito, antes de iniciar o processo que verse sobre o acertamento do direito, a parte deverá definir i) se irá litigar contra o condutor ou contra o proprietário do veículo (ou, ainda, se irá litigar contra os dois); ii) quais serão seus pedidos (se haverá apenas pedido de indenização por dano emergente ou se haverá também pedido de indenização por lucros cessantes); e iii) qual será a repercussão econômica de suas pretensões.

Toda essa atividade cognitiva e as decisões acerca dessas questões acontecem antes da elaboração da petição inicial e, após o réu apresentar a defesa, tornam-se, em regra, imutáveis.

após 30 anos. Édis Milaré (coord.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 274). No mesmo sentido: ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. Gerenciamento de processos judiciais. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 137.

Ademais, além de imutáveis, as decisões tomadas nesse momento trazem sérias consequências e riscos às partes.

Nesse sentido, apenas a título exemplificativo, caso a parte autora inclua de forma equivocada alguém no polo passivo, ela se tornará responsável pelo pagamento de custas e honorários advocatícios, os quais poderão chegar a 20% do valor atribuído à causa.

A mesma situação se coloca quando a parte dimensiona de forma equivocada seu prejuízo e formula pretensão baseada nesse equívoco. Assim, em uma situação em que a parte autora estima que sofreu prejuízo de 1 milhão de reais e formula pedido de indenização com base nessa estimativa, e no curso do processo, na fase instrutória, apura-se que o prejuízo foi de “apenas” 700 mil reais, ela se tornará responsável pelo pagamento de custas e honorários advocatícios que poderão chegar a 20% do valor da diferença entre o valor objeto do pedido e o valor reconhecido em sentença.

Nesses dois simples e corriqueiros exemplos, é possível observar que a tomada de decisão prévia ao litígio acerca dos sujeitos e do objeto do processo é extremamente relevante e não pode ser realizada sem o devido embasamento, pois da decisão adotada em relação a eles advêm sérios riscos financeiros.

Além disso, não raras vezes as partes têm dúvida sobre como os fatos ocorreram efetivamente – situação bastante corriqueira quando se está diante de fatos que necessitam de prova técnica para serem apurados – ou, ainda, têm dúvida sobre a força das provas que possuem e, conseqüentemente, sobre a capacidade que elas têm de lhes propiciar um julgamento favorável.

Ou seja, há ainda, uma quarta decisão a ser tomada pela parte antes do início do processo que versa sobre o acertamento do direito: se ela irá, ou não, litigar.

Para que a parte possa tomar essa decisão, é necessário que ela tenha consciência acerca de quais são suas chances de vitória, quais são seus riscos (financeiros e não financeiros) e qual é o custo-benefício do litígio²³¹.

A avaliação dessas questões passa por ter conhecimento profundo dos fatos subjacentes ao litígio e dos meios de prova que podem ser utilizados para demonstrá-los.

Por vezes, esse conhecimento já está disponível para as partes – como, por exemplo, quando se trata de descumprimento contratual simples e já há súmula do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que aquela determinada espécie de descumprimento gera determinada consequência jurídica (p. ex., dever de indenizar).

Em outras situações, no entanto, esse material não está disponível, e as partes acabam por tomar tais importantes decisões sem o devido embasamento, valendo-se de percepções pessoais e/ou elementos insuficientes, o que aumenta as chances de equívoco na tomada de decisão.

No sistema processual anterior – CPC/1973 –, as partes não tinham outra escolha senão apostar nessas percepções pessoais e nos elementos probatórios de que dispunham (ainda quando insuficientes) e iniciar o litígio, porque não havia meio próprio para obter alguns tipos de provas e informações fora do ambiente processual.

É nesse cenário que a produção antecipada da prova tem papel preponderante na organização e na eficiência do processo, pois é o meio próprio para que as partes tenham acesso à informação necessária para tomarem as decisões relacionadas

²³¹ “Drawing from literature on human decision making under conditions of uncertainty, cognitive psychological models cast attention to the ways in which litigation uncertainty is perceived-specifically, within the “frame” of a gain or a loss for a given side. The setting of a civil lawsuit forms a natural context for application of the psychological literature, given the casting of gains and losses along plaintiff versus defendant lines. As one prominent article observes, ‘plaintiffs consistently choose between a sure gain by settling and the prospect of winning more at trial’, whereas “defendants choose between a sure loss by settling and the prospect of losing more at trial” (NAGAREDA, Richard A. 1938 All over Again? Pretrial as Trial in Complex Litigation, 60 DePaul Law Review, 647, 2011).

à formação do litígio²³² de forma consciente e embasada, o que as levará a evitar ingressar com demandas desprovidas de fundamento e correr riscos desnecessários²³³.

A tomada de decisões sobre a formação do litígio, como se vê, é extremamente relevante, uma vez que tende a reduzir a litigiosidade e limitar o objeto dos litígios, tornando mais eficiente sua resolução.

Por essa razão, em se tratando de processos em que há grande complexidade probatória, como proposta de *lege ferenda*, entendemos que o legislador deveria inverter as fases do procedimento comum, determinando que a fase instrutória ocorresse antes da fase postulatória propriamente dita.

Nessa hipotética situação, a parte que desejasse iniciar um litígio apresentaria um requerimento simplificado ao Judiciário, estabelecendo o que imagina ser sua pretensão e requerendo a produção das provas aptas a confirmá-la. Seria aberto prazo para defesa prévia por parte do réu e somente após a produção das provas é que as partes apresentariam suas pretensões de forma definitiva, sujeitas à imutabilidade e aos riscos a ela inerentes.

Trata-se, como se falou, de proposta de *lege ferenda* e que não pode ser extraída do sistema. Porém, importante destacar que o sistema processual já caminha nessa direção, mesmo que de forma bastante tímida.

Veja-se, sobre esse ponto, que o artigo 139, inciso VI, do CPC/2015 permite que o juiz altere a ordem de produção dos meios de prova. Trata-se, é verdade, de relevante e salutar possibilidade, apta a auxiliar na eficiência do processo ao ajustar seu procedimento às necessidades do caso concreto.

²³² Decisões acerca do (i) objeto e extensão do litígio, (ii) de quem deverá ocupar o polo passivo, e (iii) sobre a conveniência de litigar.

²³³²³³ Em 1939, três anos após a aprovação das *federal rules* que introduziram de forma definitiva o *discovery* no sistema processual civil dos Estados Unidos da América, a Suprema Corte daquele país, no caso *Hickman vs US*, afirmou que o instituto era uma das maiores inovações do sistema e tinha como objeto esclarecer questões entre as partes e averiguar os fatos subjacentes ao conflito, de modo que os processos não precisassem mais transcorrer no escuro e as partes tivessem condições obter tudo aquilo a que tinham direito no processo. Cf. PIKE, James A.; WILLIS, John W. *The New Federal Deposition Discovery Procedure*, 38 COLUMBIA LAW REVIEW. 1453-54 (1938).

Entretanto, o dispositivo em questão não soluciona o problema dos custos e dos riscos do processo, pois ele permite alterar a ordem de produção dos meios de prova somente quando o processo já se encontra instaurado, e, portanto, em momento em que não mais é permitida a alteração subjetiva (partes) ou objetiva (pedido e sua extensão) do processo.

Assim, referido dispositivo indica uma tendência no sentido de ajustar o procedimento às especificidades do caso concreto, mas não é amplo o suficiente para permitir que a prova seja produzida antes que a demanda se estabilize e os riscos sucumbenciais já tenham sido assumidos.

De todo modo, ainda que não exista previsão expressa nesse sentido, a parte que desejar litigar de forma responsável, adotando as cautelas necessárias para definir os limites objetivos e subjetivos da demanda, poderá alcançar tal objetivo fazendo uso da ação de produção antecipada da prova.

A adoção desse tipo de postura não é ideia nova e tampouco nossa, trata-se de modelo que vem sendo aplicado com sucesso nos Estados Unidos da América, por exemplo, onde “a má utilização dos *pleadings* [alegações iniciais ou petição inicial] provocou a redução de sua importância no feito – admitindo-se peças genéricas – e os deslocamento da atenção para a fase de *Discovery* e das audiências preliminares”:

“É o que se extrai da leitura das Federal Rules of Civil Procedure, introduzidas em 1938, as quais exigem apenas que a peça contenha um “short and plain statement of the claim showing that the pleader is entitled of relief”. De fato, esse formato somente tornou-se viável por conta da ênfase dada à fase de *Discovery*, o que vinha ao encontro da necessidade de as partes comparecerem à audiência cientes das provas que seriam apresentadas pela parte adversária, revelando os pontos fortes e fracos de cada parte e reduzindo as surpresas que impediam uma solução justa. De fato, desde 1948, o prévio interrogatório por escrito das partes passou a ser utilizado como ferramenta para tornar as peças escritas mais precisas quanto às alegações fáticas”²³⁴.

O que se percebe, portanto, é que em alguns casos – mormente aqueles relacionados a fatos cuja prova é complexa – existe dificuldade prática na elaboração de petição inicial adequada sem que se tenha acesso amplo ao material probatório, pois sem ele a fixação dos limites subjetivos e objetivos da demanda será feita sem o devido

²³⁴ CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Governança judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 106/107.

embasamento, valendo-se de percepções pessoais ou de informações e documentos insuficientes, o que expõe o postulante a maior risco de sucumbência.

Sobre essa questão, não se pode ignorar que, mesmo nos casos em que a parte é diligente e busca meios extrajudiciais de obter informação sobre os fatos subjacentes ao litígio, por vezes ela terá apenas uma versão parcial, o que consiste em óbice para que ela tome decisões de forma correta e consciente.

Isso porque, mesmo nesses casos, a parte não terá acesso aos meios de prova de que a parte contrária fará uso no curso do processo e tampouco terá conhecimento das provas relacionadas a eventuais fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito de que alega ser titular.

Nesse contexto, é preciso que a parte tenha acesso a um instrumento que lhe permita antecipar a fase instrutória, para que, munido das informações dela decorrentes, possa definir a melhor estratégia e elaborar de forma correta sua petição inicial (ou sua defesa, se for o caso).

No sistema processual civil brasileiro, a produção antecipada da prova ocupa esse papel e é o instrumento próprio para que a parte tenha acesso às informações necessárias e possa, com base nelas: i) definir quais pessoas ocuparão o polo passivo da demanda; ii) definir qual é o objeto da demanda; iii) definir os valores envolvidos no litígio; iv) avaliar os custos envolvidos no litígio; v) avaliar o risco e a conveniência de litigar.

É nesse sentido que se afirma que:

a apuração prévia dos fatos, em ação autônoma de produção de prova, poderá levar as partes a não promoverem a ação ou buscarem um acordo, diante do risco de sucumbência, ou, se assim não o for, a proporem a demanda ou formularem sua defesa de forma mais consistente, o que, por certo, contribuirá para que o processo alcance o resultado que dele se espera, que é uma decisão que não esteja divorciada da realidade²³⁵.

²³⁵ Nesse sentido: 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: artigo por artigo, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 735.

Fazendo uso dessa estratégia, alcançará inúmeras e relevantes vantagens. Entre elas, podemos citar, por exemplo: i) a diminuição dos riscos de sucumbência, pois a definição subjetiva (quem deverão ser as partes) e objetiva (qual deverá ser o pedido e sua extensão) será feita com base em informações mais completas; b) a elaboração de petição inicial mais bem fundamentada, explorando as provas e narrando com maior precisão os fatos; e c) a possibilidade de aferir quais serão os custos e riscos envolvidos no litígio, de modo que a parte possa tomar uma decisão consciente sobre seu custo-benefício e, se for o caso, buscar financiamento²³⁶ para custear o processo ou entabular acordo.

Em outras palavras, utilizar a produção antecipada da prova permitirá que as partes atuem com maior segurança e responsabilidade, bem como avaliem melhor a conveniência do litígio.

3.1.2.2.1.1. A Produção Antecipada da Prova e a Formulação do Pedido

No Direito processual civil brasileiro, em regra, o pedido deve ser certo e determinado, tal como dispõem os *caputs* dos artigos 322²³⁷ e 324²³⁸ do CPC/2015.

²³⁶ Em matéria publicada em 3/8/2016 no periódico jurídico JOTA, os jornalistas Rafael Francisco Alves e Lígia Espolanor Vernose afirmam que: “Em franca expansão no Brasil, o financiamento de arbitragens por terceiros (*third-party funding*) é um mercado de oportunidades e desafios. Por esse mecanismo, investidores (geralmente, fundos de investimentos) assumem os custos do procedimento arbitral atribuíveis a uma parte (compreendendo, conforme o caso, honorários dos advogados, peritos, árbitros, taxas de administração da câmara de arbitragem e demais despesas) com a contrapartida dessa mesma parte de receber um percentual sobre o seu resultado (percentual sobre o eventual êxito). Assim, o investidor compartilha o risco da demanda com a parte financiada. Tal arranjo busca resolver o paradoxo enfrentado por diversas empresas brasileiras no atual cenário de crise econômica: o aumento no número de demandas contrastado com a diminuição de recursos disponíveis em caixa para fazer frente aos seus custos (muitos deles exigíveis desde o início do procedimento). Não são poucos os procedimentos arbitrais suspensos ou extintos por falta de pagamento de custas, assim como os pedidos de parcelamento recebidos por instituições de arbitragem no país” (ALVES, Rafael Francisco; VERONESE, Lígia Espolanor. *Arbitragens e empresas em crise: o novo mercado de financiamento por terceiros. Desafios e próximos passos*. disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-e-empresas-em-crise-o-novo-mercado-de-financiamento-por-terceiros-03082016>, acesso em 2/9/2018, às 11h48). Interessante notar que, apesar de a matéria se referir apenas a litígios arbitrais, a lógica se aplica sem restrição a processos judiciais.

²³⁷ Art. 322. O pedido deve ser certo.

²³⁸ Art. 324. O pedido deve ser determinado.

Como exceção a essa regra, o §1º do art. 324 prevê que: “É lícito, porém, formular pedido genérico: (...) II - quando não for possível determinar, desde logo, as consequências do ato ou do fato (...)”.

O exemplo clássico acerca da utilização desse dispositivo é a ocorrência de acidente de trânsito em que a vítima não tem condições de apurar de antemão qual foi seu prejuízo, pois continua tendo necessidade de cuidados médicos, o que faz com que os danos emergentes por ela sofridos aumentem diuturnamente²³⁹.

Em situação como a do exemplo acima, efetivamente, é o caso de se formular pedido genérico, uma vez que a própria natureza da situação assim impõe.

Ocorre, entretanto, como aponta Daniel Amorim Assumpção Neves²⁴⁰, que:

vem-se percebendo, na praxe forense, que a admissão do pedido genérico fundado no art. 286, inc. II, do CPC [o artigo mencionado pelo autor encontrava-se no CPC/1973 e é equivalente ao art. 324 do CPC/2015], não se restringe às situações em que seja impossível ao autor indicar o valor do dano e, por consequência, o *quantum debeatur* de sua pretensão, mas também àquelas hipóteses em que, apesar de possível, torna-se difícil ao autor comprovar o valor do dano *ad initio*. Essa dificuldade – obviamente – diferente da impossibilidade decorre da necessidade de produção de uma prova complexa, de natureza técnica, imprescindível para obter-se o valor exato da pretensão.

A tolerância da doutrina e da jurisprudência acerca da indeterminação do pedido nesses casos – de dificuldade em fixar o valor do pedido e não na impossibilidade de fazê-lo – decorria do fato de que não havia meio de se produzir, antes da instauração do litígio, sob a égide do contraditório e com acesso a todos os dados necessários, a prova necessária à determinação do pedido.

²³⁹ Esse exemplo é utilizado por Daniel Amorim Assumpção Neves, o qual aponta que diversos outros autores fizeram uso do mesmo exemplo, entre eles: Alexandre Freitas Câmara e Carlos Alberto Carmona (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações Probatórias Autônomas*. São Paulo, Editora Saraiva, 2008, p. 442). Nesse sentido, fazendo uso do mesmo exemplo, ARRUDA ALVIM afirma que: “admite a própria lei que, em certas hipóteses, seja o pedido genérico, excepcionando, assim, regra de que o pedido deve ser determinado. São elas: (...) 2º) nas demandas em que não se pode saber, *ab initio*, o *quantum* relativo a todas as consequências de um ato ou fato ilícito. Como exemplo, cite-se o de um acidente a respeito do qual inexistam condições de se arrolar a totalidade dos gastos referentes a despesas hospitalares, porque a vítima deve permanecer hospitalizada muito tempo” (ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civil*. 17ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 749).

²⁴⁰ *In* *Ações Probatórias Autônomas*. São Paulo, Editora Saraiva, 2008, p. 443.

É verdade que as partes podem – e já podiam (e faziam) no sistema processual do CPC/1973 – produzir prova unilateral para apurar a extensão do prejuízo; entretanto, essa postura, apesar de correta e louvável, se mostrava ineficiente na prática.

Veja-se, por exemplo, que em conflito que verse sobre indenização decorrente de desvios realizados por administrador de determinada empresa, os sócios (autores, nesse exemplo) podem contratar um *expert* contábil para apurar o valor do prejuízo antes de ajuizar demanda judicial e, com isso, poderiam fixar desde logo o montante envolvido no conflito.

Ocorre que a produção dessa prova – laudo técnico contábil – seria realizada de forma unilateral e, muito provavelmente, sem ter acesso a todos os dados necessários para tanto (pois, em regra, o réu teria à sua disposição informações que poderiam total ou parcialmente influenciar as conclusões do *expert*, mas que só estariam disponíveis caso a produção da prova fosse realizada sob a égide do contraditório), de modo que a prova acabaria por ser repetida no curso do processo onde se discuta o acertamento do direito.

Assim, seria uma grave ineficiência realizar essa perícia de forma prévia, o que levaria a parte a formular pedido genérico e o juiz a aceitá-lo.

Ocorre que essa situação causa um *déficit* na análise do custo-benefício do litígio, impossibilitando que o autor verifique: (i) qual o valor do prejuízo, e (ii) se o valor do prejuízo justifica os gastos necessários e inerentes ao ajuizamento de demanda judicial.

Cabe lembrar que, nas situações em que se admite pedido genérico, será necessário abrir fase de liquidação de sentença, onde será apurado o valor devido ao vencedor da demanda.

Não se pode ignorar, todavia, que o valor do prejuízo apurado nessa fase poderá ser ínfimo ou zero²⁴¹⁻²⁴², a ponto de não justificar o gasto de tempo e de dinheiro com toda a tramitação do processo judicial que determinou o direito aplicável àquele caso.

Além disso, a ausência de dados fidedignos em momento anterior à instauração de processo judicial que vise ao acerto do direito pode levar os autores à decisão de litigar com base em uma percepção distorcida dos fatos. Ainda fazendo referência ao exemplo do desvio de patrimônio pelo administrador da empresa, os autores podem ter decidido litigar com base na certeza de que houve desvio patrimonial, quando, na verdade, as provas mostrarão que houve “apenas” erros de escrituração contábil.

Não custa lembrar que esses erros de avaliação têm consequências graves, como, por exemplo, a condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais e o próprio gasto – que, como se viu, poderá vir a se mostrar desnecessário –, com o pagamento de custas judiciais, honorários advocatícios contratuais e demais despesas inerentes ao ajuizamento e manutenção de demanda judicial.

Na vigência do CPC/2015, a produção antecipada da prova poderá auxiliar a evitar tais situações. Caso bem utilizada, permitirá que a prova necessária para determinar o pedido seja realizada em momento anterior ao ajuizamento da demanda que verse sobre

²⁴¹ É conhecida a discussão acadêmica no sentido de ser possível que o valor da liquidação seja zero. Nesse sentido, Arruda Alvim explica que “a liquidação zero é a identificação de que o direito reconhecido não tem qualquer reflexo patrimonial. No processo de conhecimento, *in status assertionis*, entendeu-se suficiente a prova produzida para declarar a existência de um direito. Mas quando da demonstração necessária do aspecto patrimonial deste direito verificou-se que o mesmo não assume qualquer faceta monetária. Nenhuma palavra, entretanto, com relação à existência do direito que continua existindo. Tão somente declara-se sua falta de expressão patrimonial” (ARRUDA ALVIM, José Manoel de. CRÉDITO-PRÊMIO: ALÍQUOTA Soluções Práticas - Arruda Alvim, vol. 1, p. 995-1014, ago./2011). No mesmo sentido: DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III, 3ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 729; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Liquidação de sentença, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 94-102.

²⁴² Na jurisprudência, admitindo a possibilidade de liquidação de sentença com valor zero, podemos citar os seguintes julgados: (i) TJSP; Apelação 0001318-37.2017.8.26.0288; Relator(a): Djalma Lofrano Filho; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Ituverava - 2ª Vara; Data do Julgamento: 3/10/2018; Data de Registro: 3/10/2018; (ii) TJSP; Apelação 0005208-75.2007.8.26.0565; Relator(a): Mônica de Carvalho; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Caetano do Sul - 2ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 28/9/2018; Data de Registro: 28/9/2018; (iii) TJSP; Agravo de Instrumento 2037548-35.2017.8.26.0000; Relator (a): Luciana Bresciani; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Santos - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 21/8/2018; Data de Registro: 30/08/2018; (iv) TJSP; Agravo de Instrumento 2137165-31.2018.8.26.0000; Relator(a): Vera Angrisani; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 6ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 30/8/2018; Data de Registro: 30/8/2018; (v) STJ, REsp 1549467/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/9/2016, DJe 19/9/2016; (vi) STJ, REsp 1011733/MG, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 1/9/2011, DJe 26/10/2011.

o acerto do direito, de forma plena e sob a égide do contraditório – tornando desnecessária sua repetição. Assim, as partes poderão alcançar todos os benefícios decorrentes da produção da prova sem que o processo se torne ineficiente.

A partir daí, com a utilização do instituto, será possível – e recomendável – que as partes avaliem seus riscos e o custo-benefício do litígio, tendo acesso a todas as informações necessárias para tanto.

De outro lado, a tolerância com a formulação de pedidos indeterminados em situações em que seja possível, apesar de difícil, quantificar o pedido deve ser reduzida na vigência do CPC/2015, pois o código possui um meio próprio – e eficiente – que permite à parte ter acesso às provas necessárias para determiná-lo.

3.1.2.2.1.2. A Produção Antecipada da Prova e o Financiamento de Litígios (*third party funding*)

Na sociedade contemporânea, por vezes, os custos envolvidos na instauração de processo jurisdicional com vistas a solucionar conflitos podem se tornar proibitivos, a ponto de obstar o direito constitucional ao acesso à justiça²⁴³.

Atualmente, além das formas tradicionais de fomentar o acesso à justiça, como a criação dos juizados especiais cíveis, a possibilidade de conceder isenção (ou parcelamento) das custas judiciais, a criação da defensoria pública e o incentivo à utilização de ações coletivas²⁴⁴, há outra forma de facilitar o acesso à justiça: o financiamento de litígios, ou *third party funding*.

Tal modalidade tem lugar em conflitos de maior repercussão econômica e consiste na atividade de um terceiro, alheio ao conflito, que financiaria os custos do litígio em troca de uma participação sobre seus resultados²⁴⁵.

²⁴³ Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXV.

²⁴⁴ Sobre o acesso à justiça e às formas de fomentá-la veja, com proveito: CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso a Justiça. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988, reimpressão de 2002.

²⁴⁵ Apenas para que se tenha um exemplo, no Brasil o fundo de investimento carioca denominado *Leste Litigation Finance*, entre outros, atua nesse mercado, informando em seu *site* que: “A Leste é a primeira casa de investimentos do Brasil a disponibilizar *Third Party Funding* para arbitragens. Neste modelo de *funding*, a Leste aporta os recursos financeiros necessários para o regular desenvolvimento das arbitragens, em troca de um percentual do resultado da causa” (disponível em <http://www.leste.com/pt/leste-litigation->

Trata-se de uma atividade na qual, em regra, um fundo de investimento investe em determinado litígio – custeando suas despesas, custas e honorários advocatícios contratuais no lugar do autor, que é quem teria de despende os valores necessários para tanto –, esperando ter lucro com o capital investido.

É uma modalidade de investimento de risco, já que o investimento é feito com o objetivo de dar início (ou continuidade) a processo judicial ou arbitral de conhecimento, ou seja, sem que exista título executivo constituído.

Essa atividade por vir a apresentar inúmeras vantagens para ambos os lados.

Do lado do litigante (financiado), a vantagem decorre do compartilhamento dos riscos inerentes a todo processo e da facilitação ao acesso à justiça, já que os altos custos dos processos – por vezes proibitivos – acabam sendo desembolsados pelo investidor²⁴⁶, que compartilha o risco do litígio, pois o retorno do capital só ocorrerá no caso de vitória do autor.

De outro lado, o investidor tem a oportunidade de investir seu capital em ativo altamente rentável e desvinculado dos investimentos tradicionais realizados no mercado financeiro²⁴⁷.

finance/, acesso em 2/9/2018 às 17h01). No exterior, também apenas a título exemplificativo, o fundo de investimento denominado *The Judge*, fundado no ano de 2000 e com sede em Nova Iorque e Londres, tem mais de 5 bilhões de dólares disponíveis para investir em financiamento de litígios (disponível em <https://www.thejudgeglobal.com/what-we-do/>, acesso em 02/09/2018 às 21h48).

²⁴⁶ Tratando do financiamento de litígios na arbitragem internacional, Thibault de Boule afirma que: “*A considerable number of parties (referred to in industry jargon as “funded party”) in international arbitrations – whether engulfed by financial difficulties or otherwise – are now exploring the possibility of using TPF to provide the necessary capital to finance their meritorious claims, in return for a percentage of the compensation granted to the funded party if successful, whether by settlement or arbitral award*” (BOULLE, Thibault de. Third-Party Funding in International Commercial Arbitration, disponível em https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/163/057/RUG01-002163057_2014_0001_AC.pdf, acesso em 2/9/2018, às 21h36).

²⁴⁷ “*The fact that funders usually seek a share of the recovery which oscillates between 15% and 50%, depending on the costs and risks associated with the funding of the dispute; and the stagnation of the worldwide economy and the accompanying uncertainty causes funders to have an amplified interest in TPF because they consider TPF as a way to make investments that are unrelated to the unpredictable financial markets*” (BOULLE, Thibault de. Third-Party Funding in International Commercial Arbitration, disponível em https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/163/057/RUG01-002163057_2014_0001_AC.pdf, acesso em 2/9/2018 as 21h36).

Ocorre que um dos grandes desafios relacionados a essa espécie de atividade diz respeito à capacidade de a parte e o investidor avaliarem as chances de êxito daquele processo com base em informações confiáveis.

Ou seja, a verdade é que, diante da natureza do investimento e do seu grau de risco, para que a operação se concretize, é necessária uma avaliação detalhada e profunda das chances e do custo-benefício do litígio²⁴⁸, o que só pode ser feito analisando-se a tese jurídica debatida, os fatos subjacentes ao litígio, a capacidade da parte em provar tais fatos, bem como a da equipe jurídica que defenderá os interesses do investido (e do investidor).

Sobre esse ponto, Thibaul de Boulle afirma que:

A funder's decision to fund a claim or defence is typically an investment decision, which requires a rigorous investigation because the investment can result both in a substantial benefit and in a sizeable loss. When contemplating whether the claim is unmeritorious or, on the contrary, serious enough to merit funding, it behoves funders to undertake an expensive and extensive vetting process, taking into account various factors that could influence the financial risks it is being asked to shoulder^{249,250}.

Essa análise completa e detalhada tem como objetivo não apenas definir se haverá ou não o investimento, mas também permitir que as partes, o financiador e o financiado tenham dimensão do valor efetivamente envolvido no conflito – dado indispensável para estimar os custos do litígio e sua capacidade de retorno –, bem como

²⁴⁸ “The characterization of the pretrial process as a series of options makes relevant the literature on options in finance—in particular, the bedrock insight that the value of an option depends upon the extent of variance in the market that prices the underlying asset to which the option pertains. An investor might purchase an option in one of its most familiar forms—a ‘put’ option or a ‘call’ option—with respect to an underlying asset comprised of Microsoft shares priced on the NASDAQ stock exchange. In litigation, the underlying asset is the plaintiff’s claim, the pretrial process is the pricing market, and the option consists of the opportunity to move to successive stages within that process” (NAGAREDA, Richard A.. 1938 All over Again? Pretrial as Trial in Complex Litigation, 60 DePaul Law Review, 647, 2011).

²⁴⁹ In Third-Party Funding in International Commercial Arbitration, p. 36. Disponível em https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/163/057/RUG01-002163057_2014_0001_AC.pdf, acesso em 2/9/2018, às 21h36.

²⁵⁰ “A decisão de um financiador sobre financiar um pedido ou defesa é tipicamente uma decisão de investimento, que exige uma investigação rigorosa porquanto o investimento pode resultar em um benefício substancial ou em uma perda considerável. Ao considerar se o pedido é injustificado ou, pelo contrário, se seria suficiente para merecer financiamento, cabe aos financiadores realizar um dispendioso e extenso processo de habilitação, levando em conta vários fatores que poderiam influenciar os riscos financeiros que ele está sendo solicitado a assumir.” (tradução livre do autor)

de suas chances de êxito, o que impactará de forma decisiva no percentual que será cedido ao investidor, o qual, como em todo investimento, varia em razão do risco do ativo.

Ademais, não bastasse a definição da taxa de retorno, em situações em que o risco se mostra exacerbadamente alto, o investidor poderá ainda exigir a constituição de garantia para justificar a operação e garantir o retorno do capital investido.

Ou seja, é somente com acesso a informações detalhadas e fidedignas acerca do litígio que o *third party funding* se torna possível.

É nesse contexto que a produção antecipada da prova contribui para que essa atividade aconteça, pois tal instituto consiste no meio próprio que possibilita às partes o acesso às informações necessárias – por vezes inacessíveis – acerca do litígio, antes que ele se instaure.

Mais do que isso, mesmo quando as partes têm acesso a informações fidedignas, a produção antecipada da prova permitirá que elas acessem as provas relacionadas àqueles fatos, de modo que possam valorá-las e, com isso, avaliar sua robustez e capacidade de lhes garantir um julgamento favorável.

Como se vê nas duas hipóteses acima tratadas – a capacidade de auxiliar na determinação do pedido e a capacidade de permitir uma análise acerca das chances de vitória em determinado processo –, a produção antecipada da prova é ferramenta extremamente útil e estratégica para viabilizar o financiamento de litígios, em especial daqueles complexos do ponto de vista fático.

Assim, das perspectivas tratadas nesse capítulo, é possível afirmar que a produção antecipada da prova tem como uma de suas funções facilitar a obtenção de financiamentos de litígios, permitindo, ainda, que as partes envolvidas nessa modalidade de contrato tenham maiores condições de negociação e definição de taxas de retorno ou, até mesmo, constituições de garantias.

3.1.2.2.1.3. A Produção Antecipada da Prova, a Tomada de Decisões Conscientes e o Litígio Responsável

Como se viu no capítulos acima, a produção antecipada da prova, quando bem utilizada, permite que as partes tenham acesso a informações e elementos probatórios capazes de auxiliá-las a decidir sobre como resolver o conflito em que estão inseridas e, também, sobre qual é a melhor estratégia a ser adotada da perspectiva processual.

Com essa função, o instituto milita em favor do litígio responsável, eficiente e bem estruturado.

Não se pode ignorar, é evidente, que há meios para que as partes desvirtuem a utilização da produção antecipada da prova, abusando de seu direito e fazendo com que o processo se torne mais ineficiente em razão disso.

A preocupação com o abuso de direito em utilizar a produção antecipada da prova vem sendo debatida em países de *common law*, onde foram, inclusive, realizadas alterações legislativas com o objetivo de coibir tais abusos²⁵¹.

É importante deixar claro, no entanto, que as atividades probatórias prévias à instauração do litígio naqueles países tem um viés eminentemente extrajudicial. Por vezes, os depoimentos são tomados em escritórios de advocacia e há entrega dos documentos relacionados ao conflito independentemente de ordem judicial específica.

Por outro lado, a produção antecipada da prova prevista no CPC/2015 se realiza em ambiente judicial. Todos os atos serão realizados na presença do juiz, que

251 “De outra banda, adotam as *Civil Procedure Rules* disciplina mais minuciosa – e em alguns aspectos, restritiva – da atuação dos advogados na pesquisa de material probatório. O mecanismo tradicional dessa pesquisa era a denominada *discovery*, mediante a qual cada advogado podia obter, fora do âmbito judicial, dados de fato para fundamentar suas alegações, nomeadamente examinar os documentos do adversário. Antes do advento do novo código, abusos comuns tinham efeitos negativos na duração e nos custos 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 também podia contribuir para acentuar a disparidade de armas entre os litigantes de recursos financeiros muito diferentes. As *Civil Procedure Rules* tratam de pôr cobro a tais excessos, intensificando o controle judicial sobre referida atividade – à qual se deu 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. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. In Temas de Direito Processual, Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 58).

poderá coibir atos abusivos, aplicando sanções à parte que atuar de forma contrária aos princípios norteadores do processo.

Assim, a despeito do risco de atos abusivos na condução do procedimento probatório autônomo – mitigado pelo fato de a atividade probatória se dar em ambiente jurisdicional –, é possível identificar que uma das principais funções da produção antecipada da prova é dar subsídios para que as partes tomem decisões conscientes sobre como resolver o conflito em que estão inseridas e, caso decidam litigar, definam sua estratégia processual.

Nesse sentido, tendo em vista que o Poder Judiciário brasileiro se encontra saturado, é preciso que haja um incentivo para que as partes evitem dar início a processos mal estruturados e impensados, de modo que a produção antecipada da prova tem todos os predicados para ser bem explorada pelas partes.

Ademais, não se pode ignorar que o CPC/2015 traz inúmeras previsões com o objetivo de fazer com que as partes litiguem com maior responsabilidade.

Entre essas previsões, pode-se citar, por exemplo, (i) a possibilidade de aplicar multa equivalente a dez vezes o valor das custas do processo nos casos em que houver a revogação do benefício da justiça gratuita requerida de má-fé, nos termos do parágrafo único do art. 100²⁵²; (ii) a possibilidade de majorar o percentual de honorários advocatícios caso o recurso interposto pela parte seja desprovido, nos termos do §11º do art. 85²⁵³; (iii) a possibilidade de o juiz determinar medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias para fazer cumprir suas decisões, inclusive aquelas proferidas no curso do processo de conhecimento, como, por exemplo, a determinação de produzir determinada prova, nos termos do inciso IV do art. 139²⁵⁴; (iv) a possibilidade de conceder tutela da

²⁵² Parágrafo único. Revogado o benefício, a parte arcará com as despesas processuais que tiver deixado de adiantar e pagará, em caso de má-fé, até o décuplo de seu valor a título de multa, que será revertida em benefício da Fazenda Pública estadual ou federal e poderá ser inscrita em dívida ativa.

²⁵³ §11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente, levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§2º e 3º para a fase de conhecimento.

²⁵⁴ 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.

evidência, quando ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, nos termos do inciso I do art. 311²⁵⁵.

E, não bastassem tais regras específicas, o CPC/15 prevê, ainda, uma cláusula geral de boa-fé em seu art. 5º, que tem a seguinte redação: “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. Tem ainda uma cláusula geral de colaboração, em seu art. 6º, cuja redação é: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Esse conjunto de regras e princípios deve ser interpretado no sentido de que a parte está a eles vinculada inclusive no momento prévio ao litígio, quando, como se viu, diversas decisões importantes e que têm reflexos em todo o desenvolvimento do processo são tomadas.

As partes têm, portanto, o dever de litigar de forma responsável e consciente – principalmente agora que o código prevê instrumento próprio que possibilita o acesso aos dados necessários para tomar decisões conscientes, qual seja, a produção antecipada da prova.

Vale dizer que, ainda que não se tratasse de dever da parte, tal atitude deve ser adotada, por trazer vantagens àqueles que dela fazem uso.

Entre elas, podemos citar a mitigação dos riscos de sucumbência e a possibilidade de evitar que atividades inúteis e dispendiosas de tempo e dinheiro sejam realizadas no curso do processo que verse sobre o accertamento do direito.

Essas vantagens decorrem do fato de que, mediante o conhecimento prévio dos fatos subjacentes ao conflito, as partes terão melhores condições de definir os limites objetivos e subjetivos da demanda – antes mesmo de ela ter início –, o que, por si só, faz com que o processo seja mais organizado.

²⁵⁵ Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte.

Por essas razões, entendemos que a produção antecipada da prova vai ao encontro dos objetivos do legislador, ao prever, nas *normas fundamentais do processo civil*, regras gerais de boa-fé, colaboração e eficiência, sendo certo que sua utilização auxilia na consecução dos objetivos de tais princípios, em especial na fase pré-processual, quando as decisões estratégicas sobre o processo são tomadas.

3.1.2.2.2. Funções de Organização da Perspectiva Endoprocessual

No capítulo anterior, vimos quais são as funções da produção antecipada da prova da perspectiva pré-processual, ou seja, no momento que antecede o início do processo sobre o acerto do direito.

Ocorre que as funções do instituto se estendem a todo processo.

Entre elas, podemos citar: i) a qualificação do contraditório; ii) a melhor organização dos atos processuais; iii) a maior eficiência e legitimidade nos julgamentos; e iv) a viabilização de técnicas processuais.

Este capítulo será dedicado a tratar dessas funções e, para isso, ele será subdividido em três partes.

Na primeira delas, trataremos da qualificação do contraditório, da organização dos atos processuais e da eficiência e legitimidade nos julgamentos.

Depois, abordaremos a função de documentação dos mais variados meios de prova e a consequente viabilização das técnicas processuais.

É o que se passa a fazer nos subcapítulos abaixo.

3.1.2.2.2.1. Qualificação do Contraditório, Organização dos Atos Processuais, Eficiência e Legitimidade das Decisões Judiciais

A qualificação do contraditório pela utilização da produção antecipada da prova decorre diretamente da constatação de que esse instituto possibilita às partes terem acesso a informações e ao material probatório relacionados ao litígio antes da fase postulatória.

Isso significa que a elaboração da petição inicial e, conseqüentemente, da contestação será realizada com base em um conjunto maior de informações e elementos, o que permitirá que as partes trabalhem com maior acuidade as questões fáticas, narrando (e contrapondo) os fatos de forma mais precisa e embasada.

A partir dessa narrativa mais detalhada e embasada, o exercício do contraditório pelas partes será mais intenso e direcionado; conseqüentemente, a decisão judicial será proferida com maior qualidade e legitimidade.

Ou seja, quanto melhor for a qualidade da narrativa fática constante da petição inicial, mais possibilidade terá o réu de apresentar seus contrapontos e influenciar de forma qualificada a decisão judicial.

Sobre essa questão, é importante notar que a própria lei parte da premissa de que a qualidade da petição inicial está relacionada com a qualidade do contraditório a ser exercido pelo réu.

Essa premissa está estampada, especificamente, no inciso III do §1º do art. 330, o qual prevê que a petição inicial será considerada inepta quando “da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão”.

A previsão de que a petição inicial será inepta nesse caso tem como pano de fundo a violação ao princípio do contraditório, pois sem que exista uma narração fática adequada e relacionada com o pedido, o exercício do direito de defesa pelo réu restará prejudicado.

Nesse contexto, a regra de inépcia estabelece um parâmetro *mínimo* para que a petição inicial seja aceita, mas isso não significa que as partes – e o Judiciário – não devem laborar para que um padrão mais elevado seja alcançado.

A verdade é que, em razão dos princípios da *colaboração*²⁵⁶ e do *contraditório*, a narrativa fática deve ser a mais completa possível, de modo que a

²⁵⁶ “Tal colaboração entre as partes e o Juiz começa pelo diálogo permanente, por meio da comunicação dos juízos e das valorizações jurídicas capazes de serem empregadas adequadamente na sentença. Não há uma fórmula apriorística de rígida condução de todo e qualquer processo, mas, sim, o dever constitucional de a tutela jurisdicional ser prestada mediante modelos dialéticos, em que as partes atuem de modo crítico e construtivo sobre cada processo e seu resultado. Esse dever constitucional desdobra-se em métodos de

participação das partes também seja completa e cumpra seu papel – que é o de influenciar positivamente a prolação da decisão jurisdicional.

É preciso ter em mente que a visão moderna do princípio do contraditório não se contenta com o binômio informação-reação, exigindo que sua leitura se dê segundo o trinômio informação-reação-influência. Ou seja, é preciso que órgão julgador efetivamente avalie a posição das partes – ainda que seja para rechaçá-la – para que se considere que o escopo do princípio do contraditório foi alcançado.

Ocorre que é preciso ir além e criar ferramentas (técnicas processuais) que possibilitem às partes ter os meios e informações necessários para elaborar suas manifestações e influenciar o órgão julgador, pois somente dessa forma – com a efetiva influência das partes – a decisão judicial será legítima.

Segundo aponta Eduardo Cambi, “para que o exercício da jurisdição se legitime socialmente é necessário que as partes participem, dialeticamente e através dos atos sequencialmente inseridos no procedimento, na elaboração do provimento (ato final)”²⁵⁷.

Assim, para que a decisão seja legítima e respeite o princípio do contraditório, as partes devem participar de forma efetiva do processo, contribuindo para formar uma decisão com mais qualidade²⁵⁸.

Vale destacar que, embora a principal finalidade do processo de conhecimento seja solucionar o conflito de forma definitiva, com a formação de coisa

condução material do processo cujo desiderato não é unicamente facilitar o trabalho do Juiz, mas também dotar o magistrado de um instrumental novo que lhe permita motivar suas decisões sobre a condução do processo, bem como determinar o campo de atuação de seu raciocínio retórico” (CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Governança judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 82).

²⁵⁷ CAMBI, Eduardo. Direito Constitucional à prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 30.

²⁵⁸ “Não faltam obras que destacam que a participação dos jurisdicionados por meio do contraditório como condição para a prestação da tutela jurisdicional. Porém, não se estará assegurando completamente a soberania popular enquanto a participação traduzir-se apenas em uma forma de ‘legitimação pelo procedimento’. É forçoso reconhecer que a formação dos provimentos judiciais depende de efetiva participação das partes” (CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Governança judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 40).

julgada material, o respeito ao procedimento e às regras do contraditório tem o objetivo de legitimar o poder do Estado de solucionar conflitos²⁵⁹.

A legitimação do poder estatal é extremamente relevante para o Estado Democrático de Direito, porque um de seus pilares é justamente a capacidade de solucionar os conflitos dos jurisdicionados, e essa capacidade está diretamente relacionada com o índice de confiança que os jurisdicionados depositam nessa atividade – quanto mais confiança na solução estatal, mais vezes os jurisdicionados delegarão essa função ao Estado.

Por outro lado, quando passa a haver uma dissociação entre a realidade do mundo empírico e as decisões judiciais, o jurisdicionado deixa de confiar no Estado e busca solucionar o conflito por outros meios que não o do direito – situação essa que não se pode admitir em um Estado Democrático de Direito.

É nesse âmbito que a produção antecipada da prova contribui para o acréscimo de legitimidade da decisão judicial, pois, como se viu, por meio dela as partes têm acesso a informações e provas subjacentes ao conflito existente entre elas, e de posse desses dados e elementos, têm maiores condições de expor os fatos perante o órgão julgador.

Ou seja, a produção antecipada da prova aumenta a qualidade da participação das partes no curso do procedimento, tornando-a verdadeiramente efetiva, o que, conseqüentemente, aumenta a legitimidade das decisões judiciais proferidas.

Outra vantagem (ou função) que utilizar a produção antecipada da prova permite é a melhor organização dos atos processuais.

Veja-se que, historicamente, a organização dos atos processuais é realizada na fase de saneamento. Nesse sentido, o CPC/2015 trata dessa fase na seção IV, do

²⁵⁹ Nesse sentido, Eduardo Cambi diz que: “No caso da jurisdição, a finalidade precípua do procedimento, no processo de conhecimento, é a obtenção de uma sentença de mérito, o que não significa que o procedimento visa, exclusivamente, a coisa julgada. A observância do procedimento tem escopos mais relevantes, tal como o da legitimação do poder estatal” (CAMBI, Eduardo. Direito Constitucional à prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 30).

Capítulo X, do Título I, do Livro I, da Parte especial denominada “Do Saneamento e da Organização do Processo”.

A organização do processo é pensada na fase de saneamento, pois é nesse momento que as partes terão condições de avaliar quais são os pontos controvertidos entre elas e quais serão os meios de prova necessários para prová-los.

Ocorre que, não raras vezes, as partes não têm efetivo conhecimento acerca dos fatos no momento da fase postulatória, o que as leva a elaborar petições iniciais (e, conseqüentemente, contestações) imprecisas e com abrangência maior do que a necessária.

Nessas situações, o debate e a divergência entre as partes se tornam mais amplos, menos objetivos e, portanto, menos úteis e eficientes, já que existe grande possibilidade de estarem relacionados a alguns fatos irrelevantes, ao final, para solucionar o conflito.

Tudo porque as partes formulam suas pretensões sem terem acesso a todo o panorama fático, o que acaba por levá-las a cometer erros ao dimensionar qual o objeto do litígio e quais são efetivamente os fatos (e provas) relevantes para solucioná-lo.

Assim, a produção antecipada da prova – por servir justamente para que as partes tenham acesso às informações e aos meios de prova relacionados ao conflito antes do início do processo onde se discuta o acertamento do direito – permite que os atos processuais sejam mais bem organizados.

Isso porque quando o litígio é mais bem dimensionado e quando as partes já no início da fase postulatória têm acesso a todas as informações necessárias para solucionar a controvérsia, não será preciso gastar tempo e energia na discussão de questões que virão a se mostrar irrelevantes.

Poder-se-ia questionar esse posicionamento afirmando que todo tempo e energia “economizados” no curso do processo que verse sobre o acertamento do direito serão gastos no curso da produção antecipada da prova.

Entretanto, apesar de relevante e perspicaz, tal contraponto não ilide a conclusão de que a produção antecipada da prova propicia um processo mais organizado e eficiente – se, evidentemente, não for utilizada em abuso de direito, tema que será objeto de capítulo próprio neste trabalho.

Para demonstrar a insubsistência desse contraponto, é importante observar que, mesmo na hipótese de o tempo e energia extras gastos em um processo mal organizado serem os mesmos gastos na utilização da produção antecipada da prova, esta última continuaria a ser mais vantajosa por permitir – tal como se já demonstrou acima – a mitigação de riscos (ao facilitar delimitação objetiva e subjetiva da demanda) e a utilização de meios adequados para solucionar conflitos.

Além disso, ao permitir que as partes participem da fase postulatória com acesso às informações que, em geral, elas só teriam no curso do processo, a produção antecipada da prova acaba por concentrar os atos processuais.

Nessa hipótese, as partes poderão se manifestem com maior profundidade, de uma única vez e logo no início do processo sobre todos os pontos e todas as provas relevantes para a solução do conflito.

Essa concentração de atos promoverá sensível economia processual e, conseqüentemente, maior eficiência no julgamento do processo.

Veja-se que o curso normal dos processos, em que as partes não fizeram uso da produção antecipada da prova, exige delas inúmeras manifestações sobre as provas e os fatos, as quais serão realizadas de forma esparsa, de acordo com o momento em que o material probatório for trazido aos autos – o que exigirá a abertura de prazo para a manifestação das partes e a protocolização de inúmeras petições –, acarretando maior gasto de tempo.

De outro lado, quando o processo de conhecimento for precedido da produção antecipada da prova, todos os elementos fáticos e probatórios já estarão disponíveis no início do processo – na fase postulatória –, o que permitirá que as partes se manifestem sobre todos os pontos de uma vez, e que o juiz julgue a demanda mais rapidamente.

Ademais, não bastasse a vantagem decorrente dessa concentração de atos, quando as partes participam da fase postulatória mais preparados – com acesso a todas as informações de que têm necessidade –, há uma diminuição de questões postas em debate, pois as partes alegarão apenas as questões diretas e efetivamente relacionadas com a solução do conflito.

Nesse sentido, é possível afirmar que, em regra, a utilização da produção antecipada da prova auxilia a organizar o processo e, conseqüentemente, torna o processo mais eficiente²⁶⁰.

Não se pode fechar os olhos para os riscos de utilização abusiva do instituto, como infelizmente ocorre em países onde a produção prévia à instauração do litígio é mais frequente.

Entretanto, entendemos que o sistema introduzido pelo CPC/2015 sobre a matéria traz mecanismos suficientes para que tais abusos sejam coibidos, mormente porque todo o procedimento probatório acontece sob a égide de um processo jurisdicional, em que o Estado-juiz tem a capacidade (e o dever) de se valer de métodos coercitivos, indutivos e sub-rogatórios tanto para empregar maior eficácia à produção da prova, quando para combater eventuais abusos das partes.

Feita essa ressalva, mesmo havendo chances de o instituto ser utilizado de forma abusiva (o próprio processo está sujeito a isso), em regra, sua utilização em conflitos com complexidade fático-probatória trará maior eficiência ao processo, permitindo um contraditório mais qualificado e, conseqüentemente, a prolação de decisões judiciais mais eficientes e legítimas.

²⁶⁰ “A tentativa de racionalizar as técnicas de gerenciamento de processos que vinham sendo adotadas pelos Juízes, por meio do *Civil Justice Reform Act* de 1990, não resultou, inicialmente, em processos mais rápidos, com menor custo e com partes mais satisfeitas, com exceção de algumas técnicas que se mostraram aptas a reduzir o tempo de duração, a um custo superior por exigir que os advogados despendessem mais tempo na preparação do caso. Uma análise mais profunda, entretanto, concluiu que a combinação de mecanismos de produção da prova com o planejamento inicial da condução do processo reduziu significativamente o tempo, sem aumentar as horas de trabalho dos advogados. (CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Governança judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 114).

3.1.2.2.2. Documentação da Prova e Viabilização de Técnicas Processuais

No sistema processual civil brasileiro existem algumas técnicas procedimentais que, por vezes, dependem de prova pré-constituída para que possam ser utilizadas. Quando o *meio* dessa prova não é o documental, a produção antecipada da prova pode se mostrar como ferramenta útil à obtenção e/ou produção dessa prova²⁶¹.

Podemos citar, por exemplo, a tutela da evidência com base nos incisos II e IV do art. 311 do CPC/2015²⁶², que exige que a parte requerente (da tutela provisória) apresente prova pré-constituída.

Do mesmo modo, o mandado de segurança exige que a parte possua direito líquido e certo para que a segurança seja concedida, e pressupõe que a parte tenha prova pré-constituída, sendo certo ainda que seu procedimento não permite dilação probatória.

Outra medida que exige prova pré-constituída para ser utilizada é a ação rescisória fundada no inciso VII do art. 966, que prevê ser cabível ação rescisória quando “obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável”;

Nessas situações, tradicionalmente tinha-se que o único *meio* de prova apto a preencher esse requisito era o documental²⁶³ – como consta, inclusive, da literalidade do inciso II do art. 311 do CPC/2015 –, pois, em regra, tratava-se do único meio de prova a que as partes poderiam ter acesso antes da fase instrutória.

²⁶¹ Em algumas situações, a ata notarial também pode ser utilizada para tanto.

²⁶² Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; 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.

²⁶³ No CPC/1973, por exemplo, o inciso VII do art. 485 (equivalente ao art. 966 do CPC/2015) autorizava o ajuizamento de ação rescisória com base em documento novo, em vez de prova nova, como prevê o atual sistema.

Entretanto, como já tivemos a oportunidade de defender²⁶⁴, o que o legislador exige nessas hipóteses é *prova documentada* e não *prova documental*, e a suposta prevalência da prova documental em face das demais se deu por uma razão prática: a de que, via de regra, o documento está disponível às partes, não havendo necessidade de atuação judicial para ter acesso a ele.

Entretanto, por vezes, o meio de prova necessário para comprovar os fatos subjacentes ao conflito não é documental, e restringir o meio de prova de forma prévia poderá acabar por inviabilizar a utilização dessas técnicas processuais em determinadas situações.

Além disso, mesmo quando diversos meios de prova puderem ser utilizados para comprovar os fatos, quanto mais amplo for o material probatório, melhores condições terá o julgador para analisar a situação levada a juízo e, portanto, maior legitimidade terá a decisão judicial.

E, não bastasse isso, no sistema processual civil atual, não há o que sustente a prevalência da prova documental em face das demais, pois não existe qualquer espécie de hierarquia *prévia*²⁶⁵⁻²⁶⁶ entre os meios probatórios diante do sistema de persuasão racional do magistrado²⁶⁷⁻²⁶⁸.

²⁶⁴ Cf. Considerações sobre o inciso II do Art. 311 do CPC/2015: Perspectivas Probatória e do uso dos Precedentes. *In* Revista de Processo, vol. 282/2018, p. 201-227, ago./2018.

²⁶⁵ Sobre o tema, Arruda Alvim afirma que: “De antemão, toda prova tem valor idêntico. É apenas diante dos fatos provados de um determinado caso que o juiz, racional e justificadamente, determinará quais provas têm mais e menos valor para a solução da lide. Quer dizer, na fundamentação da decisão, cabe ao julgador tanto basear-se nas provas que entende mais importantes, quanto expressamente rejeitar a importância das demais provas, confrontando-as” (ARRUDA ALVIM. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 247).

²⁶⁶ Nesse sentido, veja-se que até no que diz respeito à ação rescisória o legislador optou por adotar essa premissa, alterando a expressão ‘documento novo’ (art. 485, VII do CPC/73) por ‘prova nova’ (art. 966, VII do CPC/15).

²⁶⁷ Nesse sentido, William Santos Ferreira afirma que: “frente ao sistema do convencimento motivado do juiz adotado pelo CPC (art. 371), não há hierarquia entre as provas, sendo não só permitido como eficaz todo e qualquer meio de prova que se preste a convencer o juiz acerca da ocorrência ou não de um determinado fato” (FERREIRA, William Santos. *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.) São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 996).

²⁶⁸ Sobre uma visão que encontra hierarquia entre os meios probatórios no campo da valoração, vale a leitura do seguinte trecho de Eduardo Couture: “*La prueba se hace más incierta a medida que van penetrando entre el juez y los motivos de prueba los elementos intermediarios. La firmeza absoluta de la inspección judicial, sin más error que los que son connaturales a los sentidos del hombre, se debilita cuando es menester acudir a la representación o la deducción de los hechos. En la prueba por representación, el documento es más eficaz, porque el intermediario queda reducido tan solo a la conversión del hecho en cosa; pero esa conversión se realiza normalmente con deliberada atención y los documentos se redactan con el propósito de que reproduzcan la mayor exactitud posible lo que se desea*”

É verdade que, no caso concreto, uma prova pode ter maior relevância que outra. Entretanto, tal constatação não permite criar uma hierarquia probatória prévia, dissociada do caso concreto, *ope legis*.

Ou seja, o que é relevante para a admissão da prova não é o *meio probatório adotado*, mas sua capacidade de influenciar eficazmente no momento da valoração. Essa é a conclusão que se extrai da regra da persuasão racional do julgador e do princípio da máxima eficiência dos meios probatórios.

Nesse sentido, William Santos Ferreira²⁶⁹ ensina que:

Diversamente do CPC/1973 que adotava a atipicidade sem subjetivação, o CPC/2015 mantém a atipicidade, registrando duas notas de subjetivação, expressamente que as partes têm direito de empregar todos os meios de prova, desde que observados meios lícitos e morais e de influenciar eficazmente no momento de valoração da prova pelo juiz (persuasão racional). Há uma regulamentação didática e expressa do contraditório-influência que é uma marca do CPC/2015, descrita na parte geral introdutória e especificada aqui para o plano probatório. Esta mudança impacta efetivamente a produção de provas. (...) O Art. 369 expressamente destacou, inovando em relação à legislação anterior, o direito a quem é parte de ‘empregar’ ‘todos os meios’ ‘para provar a verdade dos fatos’ e ‘influir eficazmente na convicção do juiz’. Em síntese, o emprego dos meios [de prova] tem uma extensão qualitativa fundamental, porque de nada adiantaria o acesso aos meios se estes não contassem com um sistema apto a ter seus objetivos alcançados efetivamente.

É possível concluir, portanto, que dentro do sistema do CPC/2015 o que se exige nas técnicas processuais acima mencionadas é a prova pré-constituída, e qualquer

representar. Menos eficaz es, en cambio, la representación mediante relatos; la representación a cargo de las partes tiene la grave falla del interés; de aquí que la representación mediante relatos a cargo de las partes solo es creída en cuanto sea contrario a su interés y nunca cuando corra en su misma dirección. En la representación a cargo de los que tiene interés que vicien declaraciones, los intermediarios disminuyen la eficacia del relato. Las visiones son imperfectas, por el tiempo transcurrido entre el hecho y el relato. Las fallas naturales de la memoria, la interferencia de otros elementos ajenos que turban el recuerdo, son otras tantas deficiencias del relato y, en el proceso escrito, los escribanos receptores de la declaración jamás pueden transmitir, aun que se lo propongan, la versión fiel del relato. En la prueba por deducción, la debilidad es absoluta: la imperfección de los puntos de apoyo, los vicios del razonamiento, las falacias de falsa experiencia, de falsa percepción, de falsa deducción; todo contribuir en este caso a aumentar los riesgos de la actividad probatoria (...). Un examen particular de cada uno de los medios de prueba, tema que, como se ha dicho, esta fuera de los propósitos de este libro, obliga a fijar con mayor exactitud la eficacia de cada una de esas situaciones (...). Pero la regla general que conviene retener, es la de que existe variantes de eficacia entre los diversos medios de prueba, dependientes de la mayor o menor proximidad del juez con los motivos. A mayor proximidad, mayor grado de eficacia; a mayor lejanía, menor valor de convicción” (COUTURE, Eduardo. Fundamentos del derecho procesal civil, 3ª edición, DePalma, Buenos Aires. p. 266/267).

²⁶⁹ In *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.) São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 995/996.

prova, típica ou atípica, desde que pré-constituída, lícita e moralmente aceita, deve ser capaz de viabilizar o uso dessas técnicas.

Nesse contexto, a teoria da prova documentada se mostra relevante, pois, como se viu, o que a lei exige para viabilizá-la é prova documentada e não prova documental.

Para que bem se compreenda essa distinção, é importante diferenciar forma e conteúdo do instrumento probatório.

Ou seja, é preciso identificar se a prova em questão tem natureza jurídica de documento ou se, possuindo natureza jurídica diversa (p. ex., prova testemunhal ou pericial), apenas está *representada* em documento²⁷⁰.

Fabiano Carvalho²⁷¹, tratando sobre a prova técnica, ilustrou, de forma clara, tal diferença:

Como se sabe a perícia tem por objetivo específico a demonstração de fatos litigiosos, relevantes, pertinentes e controversos, que dependem de conhecimento especial, de natureza técnica ou científica, os quais fogem do saber comum do operador do direito, especialmente da esfera do julgador. Por meio dessa modalidade de prova, a reconstrução do fato ocorre de forma mediata ou indireta, isto é, com o auxílio de alguém que detenha aqueles especiais conhecimentos. Para harmonizar o que foi exposto com a prova documentada, é preciso ter em mente que o resultado final das provas oral e pericial está materializado em documento.

No mesmo sentido, agora tratando sobre prova testemunhal, Francesco Carnelutti²⁷² aponta as duas principais diferenças entre o *documento* e a *prova documentada*:

a) *La representación documental es inmediata, mientras que la testimonial es mediata. El medio, que no existe en la primera y sí, en cambio, en la segunda es precisamente la memoria humana. En la primera, la individualidad del hecho a representar se traduce inmediatamente en un objeto exterior; en la segunda se fija*

²⁷⁰ “El documento, como el testimonio o la confesión, es el resultado de una actividad humana; pero, como observa Carnelutti, mientras los últimos son actos, el primero es una cosa creada mediante un acto y de allí se concluye que mientras que el acto testimonio o confesión es por sí mismo representativa del hecho testimoniado o confesado, el acto que crea el documento no es representativa del hecho narrado en este, sino que se limita a crear el vehículo de representación, que es ese documento” (ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio de pruebas judiciales*, Bogotá: Temis, 1969, p. 491).

²⁷¹ CARVALHO, Fabiano. Ação rescisória fundada em prova nova e a teoria da prova documentada. In *Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório*, William Santos Ferreira; Marco Félix Jobim (Coords.). Salvador, JusPodivm, 2015.

²⁷² CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*, 2ª ed. Buenos Aires: Depalma. 2000. p. 119.

*inmediatamente en la memoria de un hombre y sólo a través de ésta se reproduce en la representación; b) la representación documental es permanente, mientras que la testimonial es transeúnte. Si el documento no fuese durable no podría tener eficacia para conservar por sí la huella del hecho representado independientemente de la memoria del hombre; si el testimonio no fuese transeúnte, no se limitaría a una reconstrucción del hecho representado con elementos puramente subjetivos*²⁷³.

A documentação das provas e, em geral, de todos os atos do processo permite que a atividade jurisdicional seja praticada com segurança e previsibilidade e, portanto, tem guarida no princípio da segurança jurídica²⁷⁴⁻²⁷⁵.

O documento (inclusive a prova documentada), como se sabe, pode ser formado dentro (durante) ou fora do processo. Na primeira hipótese, trata-se de prova constituída; na segunda, da chamada prova pré-constituída²⁷⁶. A diferença²⁷⁷ fica, portanto, no momento da constituição da prova²⁷⁸. Nesse sentido

²⁷³ “a) A representação documental é imediata, enquanto o testemunho é mediato. O meio, que não existe no primeiro, mas, por outro lado, está presente no segundo, é precisamente a memória humana. No primeiro, a individualidade do ato a ser representado traduz-se imediatamente em um objeto externo; no segundo é imediatamente fixado na memória de um homem e somente através dele é reproduzido na representação; b) a representação documental é permanente, enquanto o depoimento é transitório. Se o documento não fosse durável, não poderia ser eficaz em preservar o traço do evento representado independentemente da memória do homem; se o testemunho não fosse transitório, não se limitaria a uma reconstrução do evento representado com elementos puramente subjetivos.” (tradução livre do autor)

²⁷⁴ CARVALHO, Fabiano. Ação rescisória fundada em prova nova e a teoria da prova documentada. In *Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório*, William Santos Ferreira; Marco Félix Jobim (Coords.). Salvador, JusPodivm, 2015.

²⁷⁵ “*El principio de prueba por escrito. – No es un principio de prueba cualquiera. Es el que la ley exige para que, sobre esa base, pueda seguir practicándose otro medio de prueba*” (MELENDO, Santiago Santis. *La Prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: EJE, 1978, p. 97).

²⁷⁶ CARVALHO, Fabiano. Ação rescisória fundada em prova nova e a teoria da prova documentada. In *Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório*, William Santos Ferreira; Marco Félix Jobim (Coords.). Salvador, JusPodivm, 2015.

²⁷⁷ “*La distinzione tra prove precostituite e prove costituende costituisce, probabilmente, uno dei capisaldi del nostro sistema processualistico. Le prime, cioè le prove precostituite, sono quelle prove che preesistono al processo e non sono funzionalmente create per un utilizzo processuale. Le prove costituende, al contrario, nascono proprio nel processo e sono intimamente connesse con lo stesso, atteso che non possono che essere finalizzate a provare, nel corso di un giudizio, l'esistenza di un determinato fatto*” (CONTE, Mario. *le prove nel processo civile*, Milano: Giuffrè Editore. 2002, p. 34).

²⁷⁸ “*Por la razón de que los documentos son pruebas preconstituídas, suele identificar-se aquellos con estas; sin embargo, las ultimas son el género y los primeros una de sus especies, porque existen pruebas preconstituídas no documentales, como los testimonios y posiciones recibidos antes de juicio y las inspecciones judiciales, con sin dictamen de peritos, practicadas prejudicialmente. Además, las pruebas tomadas en un proceso resultan preconstituídas para otro proceso. La preconstituición del documento con fines de prueba puede ser intencional, como cuando se escribe un contrato o se otorga un instrumento negociable; pero puede ocurrir también sin que su autor tenga en mente una finalidad probatoria, por ejemplo, cuando se escribe una carta sin mas propósito que el de enviar un saludo cariñoso a un hijo natural no reconocido y que sirve más tarde como prueba a favor de este y en contra del presunto padre o de sus herederos, o cuando se obtiene una fotografía del grupo familiar formado por un concubinato. En cambio, la preconstituición de testimonios, inspecciones judiciales, dictámenes de peritos y confesiones judiciales mediante posiciones, responde necesariamente a una clara intención de asegurar la certeza de*

a produção antecipada de provas visa a documentação de fatos para a hipótese de se tornar impossível ou muito difícil a demonstração de fato durante o processo (v. g. perecimento do objeto da prova), viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito ou, ainda, explicitar o prévio conhecimento dos fatos de modo a justificar ou evitar demanda judicial²⁷⁹.

Por essa razão, a produção antecipada da prova é instrumento hábil a viabilizar a utilização dessas técnicas processuais.

Essa utilidade se mostra tanto em relação a provas não documentais, quando o instituto servirá justamente para documentar tais meios de prova, permitindo que elas sejam apresentadas pelo autor juntamente com sua petição inicial, quanto em relação a provas documentais, quando for necessária a atuação do Poder Judiciário para que ela seja exibida.

Importante dizer que, na sistemática do CPC/2015 – que suprimiu a ação cautelar de exibição de documentos outrora prevista nos artigos 844 e 845 do CPC/1973 –, a obtenção de prova documental (exibição de documento) de forma prévia ao litígio se dá mediante a produção antecipada da prova.

É nesse sentido que ensina Elias Marques de Medeiros Neto²⁸⁰:

Conforme disciplina o art. 396 do CPC/2015, o juiz pode ordenar que a parte exiba documento ou coisa que se encontre em seu poder. Caso já exista uma ação em curso, a parte pode formular requerimento dirigido ao magistrado para obter a ordem de exibição do documento ou da coisa, requerimento este que tem natureza de incidente processual. Caso, todavia, não exista uma ação em curso, a parte poderá se valer do procedimento previsto no art. 381 do CPC/2015, que consiste na medida de produção antecipada de prova, inclusive em hipóteses que não demandam a demonstração de urgência.

ciertos hechos, con el fin de hacerlos valer en un posible o seguro proceso ulterior o que ya cursa. La prueba es preconstituída desde que se forma fuera del proceso, aun cuando este exista en ese momento” (ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio de pruebas judiciales*, Bogotá: Temis, 1969, p. 502).

²⁷⁹ CARVALHO, Fabiano. Ação rescisória fundada em prova nova e a teoria da prova documentada. In *Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório*, William Santos Ferreira; Marco Félix Jobim (Coords.). Salvador, JusPodivm, 2015.

²⁸⁰ In *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. 2. Cassio Scarpinella Bueno (coord.) São Paulo: Saraiva, 2017, p. 284. No mesmo sentido é o entendimento de Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello, os quais afirmam que: “Para exibição de documento ou coisa que se encontra na posse da parte contrária, o procedimento previsto é o incidente de exibição de documentos 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).

Assim, a parte poderá usar a produção antecipada da prova sempre que tiver necessidade para obter – seja por meio da exibição de um documento ou através da documentação de outro meio de prova, como a testemunhal – prova pré-constituída necessária a viabilizar a utilização de técnicas processuais, como, por exemplo: i) a tutela da evidência fundada no inciso II do art. 311 do CPC/2015; ii) a impetração de mandado de segurança; e iii) o ajuizamento de ação rescisória fundada em prova nova, nos termos do inciso VII do art. 966 do CPC/2015.

Desse modo, a produção antecipada da prova tem importante função no sistema processual, pois é instrumento necessário a viabilizar técnicas processuais que exigem prova pré-constituída.

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 fundamento²⁸¹⁻²⁸²⁻²⁸³, 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 viável²⁸⁴.

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

²⁸¹ “O documento (prova) deve ser apresentado quando do ajuizamento da ação rescisória, e é condição para obtenção de um despacho liminar positivo” (RIZZI, Sérgio, *Ação Rescisória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979, p. 184).

²⁸² “O texto do inc. VII do artigo 485 (art. 966, VII, no CPC/15) prevê o cabimento da ação rescisória quando ‘o autor obtiver documento novo (leia-se no CPC/15, prova nova)’. O verbo ‘obter’ dá a conotação de o autor estar na posse do documento que, por si só, conduziria a um resultado diverso na ação originária. Neste sentido, o documento novo constitui elemento indispensável à propositura da ação e deve, obrigatoriamente, acompanhar a petição inicial (art. 283 do CPC/73)” (BARIONI, Rodrigo Otávio. *Ação rescisória fundada em documento novo e a necessidade de exibição*. In: Nery Jr., Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Vol. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 373).

²⁸³ BARIONI, Rodrigo Otávio. *Ação Rescisória e Recursos para os Tribunais Superiores*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 110).

²⁸⁴ CARVALHO, Fabiano. *Ação rescisória fundada em prova nova e a teoria da prova documentada*. In *Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório*, William Santos Ferreira; Marco Félix Jobim (Coords.). Salvador, JusPodivm, 2015.

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.

Em última análise, portanto, a produção antecipada da prova atua em favor do acesso à justiça, sendo em algumas situações ferramenta essencial para viabilizá-lo, o que, por si só, demonstra sua importância no sistema processual.

3.1.3. Vinculação de condutas: colaboração e boa-fé

Como se viu ao longo deste trabalho, a produção antecipada da prova é importante mecanismo para permitir que as partes avaliem – de forma embasada e com base em dados fidedignos – sua efetiva posição perante o conflito.

Um dos principais objetivos na realização de tal análise é permitir que as partes tomem decisões estratégicas sobre o conflito, tendo como base o custo-benefício de eventual litígio e os limites objetivos e subjetivos que forem fixados com o auxílio das informações obtidas por meio da produção antecipada da prova.

Essa tomada de decisão consciente tem papel relevante para diminuir o risco das partes com o litígio (em especial no que diz respeito a custas e honorários advocatícios) e para tornar o processo mais eficiente.

Ocorre que, para que esses benefícios sejam alcançados, é preciso que as partes possam confiar nos resultados obtidos com a produção antecipada da prova.

Para tanto, deve haver certa vinculação entre o comportamento das partes na produção antecipada da prova e no eventual processo futuro, onde se discuta o acertamento do direito.

Ou seja, é preciso que haja uma efetiva colaboração das partes na produção antecipada da prova, e a parte que deixar de fazê-lo terá o ônus de não poder se beneficiar com sua falta de colaboração.

Apesar de não haver nenhuma regra expressa e específica acerca desse tema no que se refere à produção antecipada da prova, essa interpretação decorre diretamente

de um conjunto relevante de regras e princípios que regem o processo em geral e o direito probatório em especial.

Nesse sentido, em primeiro lugar, essa interpretação decorre do princípio da colaboração e está diretamente relacionada a ele. Esse princípio, positivado no art. 6º do CPC/2015, prevê que: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Evidentemente que a inserção desse artigo não tem, e nem poderia ter, o condão de exigir que as partes – que ocupam naturalmente posições antagônicas e têm interesses distintos em relação ao processo – adotem posturas contrárias aos seus interesses no âmbito do direito material.

Ocorre, entretanto, que no que diz respeito ao processo as partes podem ter interesses convergentes, como, por exemplo, a existência de um processo mais eficiente, célere e eficaz.

Poder-se-ia sustentar que, por vezes, a parte deseja um processo ineficiente, que demore e seja ineficaz – justamente porque objetiva postergar o máximo possível o adimplemento de uma obrigação (por exemplo, pagar uma dívida ou entregar determinado bem).

Nesses casos, porém, o interesse da parte que atua nesse sentido é ilícito e vai de encontro aos objetivos do Estado ao prestar a tutela jurisdicional, de modo que não pode merecer proteção do Poder Judiciário, devendo ser coibido e, se o caso, devidamente punido.

Por essa razão, o legislador e o intérprete podem impor ônus processuais para a parte que pratica atos que levem à consecução dessa espécie de objetivo, os quais, além de ilícitos, são escusos e laboram contra o Estado Democrático de direito, que pressupõe a existência de um meio racional e eficiente de solução de conflitos.

Some-se a isso – no âmbito do direito probatório – que a própria lei traz uma regra expressa que impõe não só às partes, mas a toda pessoa (física ou jurídica), a colaboração para produzir a prova, e é possível perceber que deve haver ônus para a parte que deixe de atuar com esse objetivo.

Nesse sentido, o art. 378 do CPC/2015 prevê que: “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade”.

É certo, como diz João Batista Lopes²⁸⁵, que o alcance desse dispositivo consiste em questão polêmica, havendo divergência sobre o que significam os termos “colaborar” e “verdade”.

Entretanto, em que pese a indeterminação dos termos utilizados pelo legislador, não há dúvida de que existe um dever geral de colaboração para produzir provas, para a *busca* da verdade.

Nesse sentido, como já se afirmou acima, não é possível exigir que o processo encontre/alcance a verdade dos fatos subjacentes ao litígio, mas se deve exigir que ele *busque* a verdade²⁸⁶.

Trata-se de “obrigação” de meio e não de fim.

Assim, como dizem Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart²⁸⁷,

a razão de ser dessa previsão é evidente: se o Estado deve solucionar o conflito de interesses com a finalidade de aplicar o direito – sendo esse, também, o objetivo último da sociedade na instituição do Estado-jurisdição –, a coletividade deve ministrar os meios (da forma mais completa possível) para que a decisão jurisdicional seja a mais adequada.

²⁸⁵ “O alcance da regra é matéria polêmica, uma vez que não há indicação clara do que seja *colaborar* com o Poder Judiciário. Também questionável é o emprego do vocábulo *verdade* para indicar a finalidade da prova” (LOPES, João Batista. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 2. Cassio Scarpinella Bueno (coord.) São Paulo: Saraiva, 2017, p. 284).

²⁸⁶ Sobre essa questão, William Santos Ferreira afirma que o objetivo do: “Poder Judiciário não é ter no processo apenas um método para que as partes atuem para reunir elementos para o julgamento pelo Judiciário, o que é marcadamente uma característica do processo civil americano (common law). Diferentemente, no CPC Brasileiro, descreve-se uma função da atividade jurisdicional que é a descoberta da verdade, que pode ser sintetizada como o levantamento, no plano fático, do que efetivamente ocorreu e interessa para o julgamento. (...) Por isto equivocadas, no sistema processual brasileiro positivado, as posições que defendem que o juiz não tem dever-poder instrutório e que seria tratar com desigualdade a determinação de provas não requeridas pelas partes (por vontade ou negligência destas), porque o juiz no Brasil não tem como *meta* apenas assegurar *igualdade* como mero controlador de legalidade de atos das partes, mas sim, independentemente das partes, compete ao juiz brasileiro *buscar a verdade*. Na reunião dos dispositivos processuais e do modelo constitucional de processo, a função pública está presente e relaciona ‘justiça’ com ‘verdade’, e ‘atividade judicial’ com ‘instrumentos’ para alcance desta finalidade pública” (FERREIRA, William Santos. Breves comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed. 2017, p. 1.145).

²⁸⁷ *In Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 182.

Essa previsão [do art. 378 do CPC/2015], no entanto, apesar de ser cópia *ipsis litteris* do antigo art. 339 do CPC/1973, deve ser lida a partir de um novo paradigma processual, qual seja, aquele inaugurado pelo CPC/2015.

Nesse novo paradigma, a regra que impõe colaboração das partes – e de toda a coletividade – deve ser compreendida em conjunto com o princípio da boa-fé objetiva, inserido no art. 5º do CPC/2015; com o princípio da colaboração, previsto no art. 6º do CPC/2015, a nova faceta, muito mais abrangente, do princípio do contraditório; com o princípio da eficiência, previsto nos artigos 4º e 8º do CPC/2015²⁸⁸; e, por fim, com o dever de buscar uma decisão que esteja alinhada com a função social, nos termos do art. 8º do CPC²⁸⁹.

Além desse feixe relevante de regras e princípios, é preciso interpretar esse dispositivo tendo em mente o instituto da produção antecipada da prova, o qual, de certa maneira, trouxe grande inovação ao direito probatório, permitindo o deslocamento da fase instrutória para momento anterior à fase postulatória, o que, em algumas situações, trará importantes vantagens aos jurisdicionados²⁹⁰.

Nesse contexto, há quem faça comparações entre esse dispositivo e o chamado *disclosure*²⁹¹⁻²⁹², instituto comum em sistemas processuais de *common law*.

²⁸⁸ Bem como no art. 37 da Constituição Federal.

²⁸⁹ CF. FERREIRA, William Santos. Breves comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed. 2017, p. 1.145.

²⁹⁰ “Civil litigation came to be built around the full development of relevant facts before trial. It became a cornerstone of civil practice that ‘pretrial procedures make a trial less a game of blindman’s buff and more a fair contest with the basic issues and facts disclosed to the fullest practicable extent’” (GRIMM, Paul W.; YELLIN, David S.. A Pragmatic Approach to Discovery Reform: How Small Changes Can Make a Big Difference in Civil Discovery, 64 S. C. L. Rev. 495, 2013).

²⁹¹ “A disclosure (anteriormente conhecida como discovery) entre adversários (partes potenciais ou definidas) atende a quatro finalidades (e compilou-se uma lista semelhante de benefícios perante as CPR): pode determinar a igualdade de acesso a informações; pode facilitar acordos; evita o chamado ‘julgamento de emboscada’, ou seja, situação em que a parte não é capaz de reagir devidamente a uma revelação surpresa, no final da audiência; e, finalmente, auxilia o tribunal a conhecer detalhes precisos a respeito dos fatos, quando for o momento de julgar o mérito” (ANDREWS, Neil. O Moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 127).

²⁹² “The compulsory disclosure by a litigant of such facts within his knowledge, and of the contents of such documents in his possession, as will aid his adversary in proving his case or defense. The disclosure is made by a statement in writing, signed and sworn to, of the facts required to be disclosed, and by an actual production of the documents” (LANGDELL, C. C.. Discovery under the Judicature Acts, 1873, 1875. Part I: Harvard Law Review, vol. 11, n. 3 (Oct. 25, 1897), p. 137-157).

O *disclosure* consiste em um dever geral de revelação dos fatos, documentos e informações que podem vir a ter relação com o conflito, e ambas as partes teriam tal dever²⁹³, podendo vir a sofrer sanções em caso de desobediência.

A princípio, entendemos que a interpretação da regra do art. 378, realizada conforme o novo paradigma introduzido pelo CPC/2015, não permite que o intérprete extraia um dever, ainda mais com tamanha extensão.

Isso não significa, todavia, que a parte possa se omitir ou agir de forma não colaborativa sem sofrer nenhuma consequência – muito pelo contrário. Dentro dos parâmetros do Código e da sistemática do direito processual civil brasileiro, entendemos que as partes têm o ônus, mas não o dever, de colaborar com a produção da prova, inclusive de forma antecipada.

Nesse sentido, é preciso que exista uma vinculação entre a conduta e as provas produzidas no âmbito da produção antecipada da prova e o eventual processo futuro, sob pena de inviabilizar que as partes tomem a decisão correta e, com isso, afastar uma das principais funções do instituto da produção antecipada da prova.

Isso porque toda a ideia de que a produção antecipada da prova é ferramenta que auxilia as partes a tomarem uma decisão consciente e mais bem fundamentada parte da premissa de que as informações obtidas por meio do procedimento sejam confiáveis (ou, ao menos, que se possa aferir o grau de confiabilidade).

Por essa razão, é indispensável que existam mecanismos que impeçam as partes de agirem de modo a criar uma falsa percepção para a parte contrária, deixando de apresentar questões que irão repercutir no processo futuro, justamente para que ela tome uma decisão com base em uma análise de risco viciada.

Tomemos o exemplo da prova testemunhal. Quando determinada parte arrola uma testemunha e deseja sua oitiva no bojo da produção antecipada da prova, seu objetivo é tomar conhecimento do conteúdo do depoimento, bem como projetar – ainda que com

²⁹³ George Ragland Jr., em trabalho datado de 1938, afirma que havia discussão sobre os abusos que poderiam advir da regra de *disclosure*, porém, o entendimento prevalente foi o de que, pelo fato de a regra se aplicar a ambas as partes, não haveria desequilíbrio e, portanto, seria plenamente aceitável (RAGLAND JR., George. *Discovery before Trial*. Chicago: Callaghan and Company, 1932).

certo nível de imprecisão – qual será o peso daquela prova no eventual processo futuro onde se discuta o acerto do direito.

Nesse sentido, um dos elementos determinantes acerca do peso probatório da prova testemunhal é justamente saber se aquela determinada pessoa será ouvida como testemunha ou se há o risco de ser ouvida apenas como informante, ou de sequer ser ouvida.

No direito processual civil brasileiro, o meio próprio para que uma parte impugne a oitiva de uma testemunha é a contradita, prevista no artigo 457 e parágrafos do CPC/2015, que preveem que: “antes de depor, a testemunha será qualificada, declarará ou confirmará seus dados e informará se tem relações de parentesco com a parte ou interesse no objeto do processo. §1º É lícito à parte contraditar a testemunha, arguindo-lhe a incapacidade, o impedimento ou a suspeição²⁹⁴, bem como, caso a testemunha negue os fatos que lhe são imputados, provar a contradita com documentos ou com testemunhas, até 3 (três), apresentadas no ato e inquiridas em separado. §2º Sendo provados ou confessados os fatos a que se refere o §1º, o juiz dispensará a testemunha ou lhe tomará o depoimento como informante”.

Ou seja, salvo nas situações em que o juiz tem condições de identificar de plano a relação da testemunha com o processo ou com uma das partes (p. ex., quando a testemunha arrolada é parente direta de uma das partes), é a parte que provoca a contradita da testemunha – muitas vezes fazendo verdadeiro trabalho investigativo (em redes sociais, por exemplo) sobre a relação que a testemunha mantém com a parte contrária e apresentando o resultado de tal investigação ao juiz.

Ao final, se acolhida a contradita, a testemunha não será ouvida ou, quando muito, será ouvida na qualidade de informante – situação em que não é advertida sobre o

²⁹⁴ As regras de incapacidade, impedimento e suspeição das testemunhas estão previstas no artigo 447 do CPC 2015, cujos parágrafos determinam que: §1º São incapazes: I - o interdito por enfermidade ou deficiência mental; II - o que, acometido por enfermidade ou retardamento mental, ao tempo em que ocorreram os fatos, não podia discerni-los, ou, ao tempo em que deve depor, não está habilitado a transmitir as percepções; III - o que tiver menos de 16 (dezesesseis) anos; IV - o cego e o surdo, quando a ciência do fato depender dos sentidos que lhes faltam. §2º São impedidos: I - o cônjuge, o companheiro, o ascendente e o descendente em qualquer grau e o colateral, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade, salvo se o exigir o interesse público ou, tratando-se de causa relativa ao estado da pessoa, não se puder obter de outro modo a prova que o juiz repute necessária ao julgamento do mérito; II - o que é parte na causa; III - o que intervém em nome de uma parte, como o tutor, o representante legal da pessoa jurídica, o juiz, o advogado e outros que assistam ou tenham assistido as partes. §3º São suspeitos: I - o inimigo da parte ou o seu amigo íntimo; II - o que tiver interesse no litígio.

dever de falar a verdade (não estando sujeita ao crime de falso testemunho), e seu depoimento, em regra, terá peso menor na formação da convicção dos destinatários da prova.

Em outras palavras, saber se o depoimento de determinada pessoa será admitido como de testemunha ou como de informante, já que as modalidades têm “pesos” diversos.

Dentro dessa sistemática, entendemos que, quando houver a oitiva de testemunhas no âmbito da produção antecipada da prova, a parte tem a obrigação de formular a contradita da testemunha naquele momento – sob pena de, não o fazendo, perder a oportunidade de fazê-lo no momento em que essa prova for levada ao eventual processo posterior.

É verdade que o juiz da produção antecipada da prova não poderá deferir ou indeferir a contradita, ficando tal decisão reservada ao juiz competente para julgar o futuro e eventual processo onde se discuta o acertamento do direito; no entanto, tal constatação não permite que a parte deixe para realizar a contradita apenas naquele processo.

Sobre o tema, Luis Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart²⁹⁵ afirmam que:

Também haverá restrição quanto à contradita da testemunha (art. 457, §1º, CPC). Examinando o rol das situações que excluem alguém de servir como testemunha, vê-se que há causas que são objetivas, no sentido de que interferem na própria habilidade do sujeito compreender os fatos ou transmiti-los adequadamente (incapacidade, prevista no art. 447, § 1º, CPC). Outras causas são subjetivas e, normalmente, dependem de análise da relação da pessoa com a causa posta para julgamento ou com as partes envolvidas (impedimento e suspeição, previstas, respectivamente nos §§ 2º e 3º do art. 447 do CPC). De todo modo, importa lembrar que admite o Código o depois de alguns sujeitos, se essencial para o deslinde da questão (art. 447, § 4º, CPC). Em vista disso, parece claro que não compete ao juiz da assecuração da prova recusar a colheita de depoimento de pessoas menores, suspeitas ou impedidas, mesmo porque o magistrado da ação principal poderá admitir a sua oitiva, na condição de informante. Ademais, algumas das causas arroladas como causas de impedimento e suspeição (v. g., o que tem interesse no litígio) dependerão da análise dos termos da ação principal, que ainda não foi ajuizada. Nesses casos, portanto, a

²⁹⁵ Comentários ao Código de Processo Civil. vol. VII. Artigos 381 ao 484. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 40.

contradita apresentada à testemunha sob alegação de incidir ela em uma dessas razões jamais poderá conduzir à rejeição da colheita da prova.

Evidentemente, essa afirmação não pode ser levada às últimas consequências, com a impossibilidade de o juiz da produção antecipada da prova avaliar situação em que a testemunha esteja impedida de depor (por ser, por exemplo, advogado ou médico de uma das partes). Nessa situação, alegando a testemunha que se encontra em situação de impedimento, o juiz não tomará seu depoimento e deixará a análise acerca do tema a cargo de juiz do eventual processo posterior.

De todo modo, essa conclusão não ilide a necessidade de a parte suscitar a contradita no bojo da ação de produção antecipada da prova, pois tal ato é essencial para que o instituto cumpra de forma plena com sua função.

É preciso que todas as informações necessárias para a tomada de decisão da parte estejam disponíveis antes do eventual ajuizamento do processo onde se discuta o accertamento do direito material. Como se viu acima, a existência ou não de contradita compõe o rol de informações necessárias para tanto, pois é relevante para a atividade valorativa que a parte realizará sobre a prova e sua força probante.

Assim, entendemos que as partes têm o ônus de realizar a contradita da testemunha no bojo da produção antecipada da prova. Não o fazendo, estarão proibidas de suscitar tal questão no eventual processo futuro – salvo se a situação que justificar a contradita se der após a ação probatória.

Da mesma forma, não se pode proibir que a contradita seja levantada posteriormente, quando a parte que o fizer não tiver participado da ação de produção antecipada da prova, pois a vinculação de condutas pressupõe a participação (ou, ao menos, a possibilidade de participação) daqueles que se pretenda vincular no processo probatório autônomo.

Feita essa ressalva, a contradita deve ser feita no processo de produção antecipada da prova – e seu acolhimento será apreciado somente no processo futuro –, para que as partes tenham condição de avaliar com precisão seus riscos ao litigar, bem como o custo-benefício do eventual litígio futuro.

Importante destacar, por fim, que na vigência do CPC/1973 – quando a regra era a de que a produção antecipada da prova só poderia ser realizada quando houvesse urgência – a doutrina entendia não ser possível realizar a contradita da testemunha no âmbito da ação *cautelar* de produção antecipada da prova²⁹⁶.

Tal entendimento partia da premissa de que havia apenas a *asseguração* do meio de prova através da medida *cautelar* de produção antecipada da prova (arts. 846 a 851 do CPC/1973), e não efetiva *produção* da prova.

Contudo, na vigência no CPC/2015, com o reconhecimento do direito autônomo à prova e sua dissociação da urgência, há a plena *produção* prévia da prova, restando apenas a sua *admissão* para ser decidida pelo juiz do eventual processo futuro²⁹⁷.

Nesse sentido, e tendo em vista as funções que a produção antecipada da prova exerce no sistema processual atual, os atos praticados no bojo da ação probatória devem estar vinculados ao eventual processo futuro, pois somente dessa forma a utilização desse instrumento processual se mostrará eficiente e poderá cumprir de forma plena com suas funções.

De acordo com essa sistemática, as partes terão o ônus de colaborar com a produção da prova tal como se estivessem na fase instrutória de processo que verse sobre o accertamento do direito.

²⁹⁶ “Não há mesmo como admitir a contradita na cautelar de *asseguração*. Em primeiro lugar, em face da não definitividade das partes presentes na relação jurídica processual, que pode ser alterada para inclusão ou exclusão de outras pessoas. Em segundo lugar, em virtude da impossibilidade de valorar o depoimento da testemunha, sem que seja possível sua confrontação com o objeto de uma demanda que nem sequer foi proposta. Por fim, como terceiro motivo que impede a contradita na *asseguração cautelar*, tem-se que a recepção, assim como a confrontação e o balanceamento da prova com relação aos fatos, demais provas e argumentos deduzidos pelas partes, estão inteiramente reservados à ação principal” (VIEIRA, Christian Garcia. *Asseguração de Prova*. São Paulo, Editora Saraiva, 2011, p. 104).

²⁹⁷ “Vale dizer que a efetiva produção da prova – no processo para qual essa prova se destina – dependerá das etapas anteriores (requerimento e *admissão*), promovidas neste segundo processo, de modo que o magistrado deste processo não está vinculado à ‘*admissão*’ da colheita da prova – deferida na medida preparatória” (MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VII. Artigos 381 ao 484. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 36).

Os ônus processuais são situações processuais que pedem a prática de um ato por determinada pessoa, e a recusa em praticá-lo acarretará risco de prejuízo²⁹⁸ *processual* para quem deveria praticá-lo²⁹⁹.

Assim, havendo ausência de colaboração na produção antecipada da prova, a parte que deixou de colaborar terá o ônus de não poder fazer uso daquele determinado meio de prova no eventual processo futuro, sujeitando-se às consequências inerentes a essa situação.

Essa lógica deve se aplicar a todos os meios de prova, sem exceção.

Assim, quando o objeto da produção antecipada da prova for a obtenção de determinados documentos que se encontram em posse da outra parte que, por sua vez, se recusa a exibi-los, deverá ser aplicada a regra do art. 400 do CPC/2015, segundo a qual os fatos que a parte pretendia provar pelos documentos cuja exibição foi requerida serão presumidos verdadeiros quando a recusa for injustificada ou ilegítima³⁰⁰.

Nesses casos, tal presunção deverá se estender ao processo futuro, sendo vedado que a parte exiba tal documento posteriormente, pois, se tal conduta for admitida, a análise de risco realizada pela parte que pretendia ter acesso ao documento restará frustrada pela parte que não colaborou com a produção da prova, o que não se pode admitir diante dos princípios da colaboração e da boa-fé objetiva³⁰¹.

²⁹⁸ Segundo James Goldschmidt, os ônus processuais são “*situaciones de necesidad de realizar determinado acto para evitar que sobrevenga un perjuicio procesal*” (GOLDSCHMIDT, James. Derecho Processal civil. Barcelona: Labor, 1936, p. 203).

²⁹⁹ Cf. TUNALA, Larissa Gaspar. Comportamento Processual Contraditório: a proibição do *venire contra factum proprium* no direito processual civil brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 97 e seguintes.

³⁰⁰ Art. 400. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se: I - o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração no prazo do art. 398; II - a recusa for havida por ilegítima.

³⁰¹ Sobre o tema, Daniel Mitidiero afirma que “no modelo do processo cooperativo, que é necessariamente um ‘devido proceso leal’, além de objetivar-se a boa-fé, somando-se à perspectiva subjetiva a objetiva, reconhece-se que todos os participantes do processo, inclusive o juiz, devem agir lealmente em juízo” (MITIDIERO, Daniel. Base para construção de um processo civil cooperativo – Tese de Doutorado. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufrgs.br/da.php?nrb=000642773&loc=2008&l=fff90792c6702178>, acesso em 9/9/2018, às 13h02).

O princípio da boa-fé objetiva, positivado no art. 5º do CPC/2015³⁰²⁻³⁰³, deve ser visto

como um parâmetro processual de conduta, um critério a partir do qual se interpreta um comportamento desejável ou indesejável ao processo, critério capaz de criar deveres processuais anexos, além de limitar o exercício de posições jurídicas processuais que desviem os escopos do processo. O conteúdo dessa regra de conduta deve se fundar na honestidade, na lealdade, na cooperação para que se chegue ao melhor resultado possível³⁰⁴.

Dentro desse escopo, o princípio da boa-fé objetiva veda que as partes adotem condutas contraditórias e que exercitem “um direito subjetivo, faculdade ou posição jurídica em contradição com a sua anterior conduta interpretada objetivamente segundo a lei, os bons costumes e a boa-fé, ou quando o exercício posterior se choque com a norma de conduta pautada pela boa-fé”.³⁰⁵

Assim, a aplicação do princípio da boa-fé objetiva no processo veda que as partes adotem condutas processuais contraditórias³⁰⁶⁻³⁰⁷⁻³⁰⁸, mesmo que tais condutas se deem em processos distintos, mas relacionados (como a produção antecipada da prova e o eventual processo futuro onde se discuta o acerto do direito).

³⁰² Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

³⁰³ O princípio da boa-fé objetiva no processo é previsto em diversos outros países. Por exemplo: art. 247 da Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola; art. 34, 5, IV, do Código Processual Civil y Comercial de La Nación argentino e o art. 8º do Código de Processo Civil português.

³⁰⁴ TUNALA, Larissa Gaspar. Comportamento Processual Contraditório: a proibição do *venire contra factum proprium* no direito processual civil brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 119.

³⁰⁵ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 672.

³⁰⁶ No direito inglês, existe a figura da *promissory estoppel*, que visa a impedir que as partes adotem postura contraditória dentro do processo (ZIMMERMAN, Reinhard; WITTAKER, Simon. Good Faith in European Contract Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 249). Ver também: NGUGI, Joel M. Promissory Estoppel: The Life History of an Ideal Legal Transplant. 41 U. Rich. L. Rev. 425 (2006-2007).

³⁰⁷ “O *venire contra factum proprium* processual é uma espécie de abuso do processo por violação à boa-fé. Não são figuras absolutamente coincidentes porque o abuso do processo é mais amplo, pode se dar não só com base na ruptura da confiança pelo exercício de condutas processuais contraditórias e nem só com base da inobservância da boa-fé, do que se conclui que o abuso do processo é gênero, do qual o *venire* processual é espécie. Essa afirmação é corroborada pelo fato de que também no *venire* processual requer-se a prática de situações processuais, as quais lhe conferem aparência de legalidade, tornando-se ilegal pela contradição afrontadora da boa-fé, ou seja, pelo desvio de finalidade” (TUNALA, Larissa Gaspar. Comportamento Processual Contraditório: a proibição do *venire contra factum proprium* no direito processual civil brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 170/171).

³⁰⁸ Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.192.678/PR, Terceira Turma, Relator Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, DJe 26/11/2012, decidiu que: “(...) Aplicação da 'teoria dos atos próprios', como concreção do princípio da boa-fé objetiva, sintetizada nos brocardos latinos '*tu quoque*' e '*venire contra factum proprium*', segundo a qual ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua conduta anterior ou posterior interpretada objetivamente, segundo a lei, os bons costumes e a boa-fé”.

Nessa ordem de ideias, o *venire contra factum proprium*³⁰⁹ é vedado no ambiente processual, e a parte que agir desse modo terá o ônus de não poder se beneficiar de sua contradição – ou seja, não poderá fazer uso dessa prova posteriormente e, tampouco, obter vantagem processual decorrente da inexistência da prova³¹⁰⁻³¹¹.

Assim, quando, por exemplo, for ajuizada ação de produção antecipada da prova contra determinada indústria química objetivando a exibição de todos os *e-mails* trocados entre seus funcionários que contenham determinado termo técnico (por exemplo, o nome de um composto químico)³¹², caso um ou mais *e-mails* deixem de ser exibidos, referida indústria ficará proibida de se valer deles no eventual processo futuro, justamente porque se trataria de ato contraditório e porque a análise de risco realizada pela parte contrária não teve como considerar tais elementos.

A mesma lógica deve se aplicar à prova técnica, sendo necessário que as partes apresentem seus quesitos e contrapontos ao laudo no bojo da produção antecipada da prova.

No mesmo sentido, também deve haver vinculação no que diz respeito ao depoimento pessoal da parte, sendo certo que a pena de confissão pode ser aplicada no

309 Tratando do tema da ótica do direito privado, mas com plena aplicação ao direito processual, Antônio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro diz que “a locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Esse exercício é tido, sem contestação por parte da doutrina que o conhece, como inadmissível!” (MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. Da boa-fé no Direito Civil. 6ª Reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2015, p. 742).

³¹⁰ Falando sobre a atipicidade das medidas que podem ser aplicadas no caso de descumprimento dos parâmetros da boa-fé, Joan Picó i Junoi afirma que: “*la infracción de las reglas que se han analizado puede originar consecuencias de muy distinto alcance, que varían en función de la configuración de la concreta regla como una carga [ônus], una obligación o um deber procesal. Atendiendo al contenido de tales consecuencias, se pueden clasificar en procesales y extraprocesales: em el primer grupo, nos encontramos con la inadmisión del acto procesal solicitado, la ineficácia de lacto procesal realizado, la pérdida de las cantidades económicas depositadas judicialmente para la realización de actos procesales, la valoración intraprocesal de la conducta de las partes, las multas, las costas procesales, la nulidade de actuaciones, la pérdida del pleito, o el uso de la coacción física para contrarrestar la mala fe procesal*” (PICÓ I JUNOY, Joan. El principio de la buena fe procesal, 2ª ed. Barcelona: Bosch Editores, 2012).

³¹¹ Larissa Gaspar Tunala afirma que “o exercício de posição jurídica processual contrária à boa-fé pode significar sua inadmissibilidade e, conseqüentemente, sua impossibilidade de produzir efeitos. Ou, ainda, há a consequência de pura ineficácia, já que um ato processual exercido infringindo a boa-fé não pode imprimir a eficácia pretendida” (TUNALA, Larissa Gaspar. Comportamento Processual Contraditório: a proibição do venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 123).

³¹² Hipótese que pode ocorrer quando a parte pretende provar que determinada empresa tinha ciência dos riscos à saúde causados por determinado composto químico antes de lançá-lo no mercado.

âmbito da produção antecipada da prova, sob pena de a antecipação desse meio de prova tornar-se inútil, pois seu objetivo precípuo é justamente obter a confissão.

Na vigência do CPC/1973, tal questão, sobre a qual existe relevante divergência doutrinária, foi intensamente debatida. De um lado, sustentava-se que a pena de confissão não poderia ser aplicada, pois no processo probatório não pode ocorrer a valoração da prova, o que seria óbice ao reconhecimento da confissão. Por outro lado, quem sustentava a aplicação da pena entendia que esse era o único modo de a tomada do depoimento em caráter prévio ter alguma função prática³¹³.

Refutando o argumento de que inexistiria função prática na tomada de depoimento sem que pudesse ser aplicada a pena de confissão, Christian Garcia Vieira afirmava que:

mesmo com a ausência da pena de confissão na cautelar de asseguaração, o depoimento da parte não se tornaria inócuo. (...). Tendo em vista que o comportamento da parte, a boa-fé processual e o princípio da lealdade entre as partes devem ter papel relevante na formação de convencimento do julgador, é indubitável que, não existindo motivo relevante, a recusa ou o não comparecimento poderão trazer prejuízos ao depoente, em uma futura análise, ao lado de todo conjunto probatório³¹⁴.

Interessante observar que tal entendimento concorda com a premissa de que a parte que se recusar a depor (ou sequer comparecer à audiência onde seria tomado seu depoimento) deve sofrer prejuízo em razão disso, mas, de outro lado, entende inaplicável a pena de confesso – que é a penalidade própria para tal conduta.

Em nossa visão, mesmo no CPC/1973, a corrente mais acertada era a que entendia pela aplicação da pena de confissão, pois: i) não se poderia admitir que a tomada de depoimento pessoal em sede de *cautelar* de produção antecipada de prova não trouxesse qualquer resultado prático; e ii) se para tornar útil a tomada de depoimento pessoal em sede de *cautelar* de produção antecipada é preciso que exista penalidade para

³¹³ Sobre o tema, Christian Garcia Vieira – que em livro publicado na vigência do CPC/1973 defendia a não aplicação da pena de confissão – afirmou que: “Para afastar a pena de confissão na asseguaração cautelar da prova sustenta-se que, nesse procedimento, não é possível exercer juízo de valoração da prova, mera preservação, o que, conseqüentemente, impede que se apliquem os efeitos decorrentes da ausência de resposta, seja pelo não comparecimento ou pela recusa em depor. Tese contrária situa-se no argumento de que o depoimento não terá nenhum reflexo prático se não for imposta qualquer penalidade pelo não comparecimento ou pela recusa” (VIEIRA, Christian Garcia. Asseguaração de Prova. São Paulo, Editora Saraiva, 2011, p. 91).

³¹⁴ In Asseguaração de Prova. São Paulo, Editora Saraiva, 2011, p. 92.

a parte que se recusar a depor, o mais adequado é aplicar justamente a penalidade prevista na lei, preservando a segurança jurídica.

Nessa ordem de ideias, tal posicionamento se mostra ainda mais acertado na vigência do CPC/2015, onde o direito autônomo à prova foi reconhecido e dissociado da urgência, uma vez que no contexto da ação de produção antecipada da prova há a efetiva *produção* da prova, e não apenas sua *asseguração*, como ocorria no CPC/1973.

Colocadas tais situações, cuja função é ilustrar o tipo e o grau de vinculação que entendemos ser necessário existir entre a ação de produção antecipada da prova e o processo que verse sobre o acerto do direito, é importante deixar claro que sempre deve haver vinculação – independente do meio de prova que será produzido –, sendo essa a única forma de alcançar todo o potencial prático do instituto.

Essa conclusão decorre, como se viu, da interpretação do art. 378 do CPC e da aplicação direta dos princípios da eficiência, boa-fé objetiva e cooperação.

Mas não é só.

Outro dispositivo que se mostra relevante para essa conclusão é o art. 139, IV, do CPC/2015, o qual prevê que: “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”.

Esse dispositivo, em geral, vem sendo utilizado e debatido da perspectiva do processo de execução, sendo o fundamento utilizado para aplicar medidas executivas atípicas, como, por exemplo, o bloqueio de cartões de crédito e a apreensão de passaporte ou carteira nacional de habilitação de devedores³¹⁵.

³¹⁵ Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, entre outros, no Agravo de Instrumento 2143541-33.2018.8.26.0000, Relator Paulo Ayrosa, 31ª Câmara de Direito Privado, Dje 28/8/2018, cuja ementa é bastante elucidativa: “AGRAVO DE INSTRUMENTO – MÚTUO – AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL – INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR, BLOQUEIO DOS CARTÕES DE CRÉDITO E APREENSÃO DO PASSAPORTE – DECISÃO REFORMADA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Considerando que o exequente já esgotou os meios de que dispõe para a satisfação de seu crédito, aliado ao fato de que o executado não ofertou bens para garantir a execução, pertinente se apresenta o pedido de apreensão e suspensão da CNH e cancelamento dos cartões de crédito como modo de coerção ao cumprimento de sua

Como aponta Arruda Alvim³¹⁶, a previsão do art. 139 do CPC/2015 consiste em: “verdadeira cláusula geral executiva, que possibilita decisões de caráter mandamental voltadas à melhor solução do litígio, diante das peculiaridades de cada caso”.

Ocorre que a aplicação desse dispositivo não está restrita ao processo de execução (ou ao cumprimento de sentença), tendo grande aplicação no processo de conhecimento e, do mesmo modo, na produção antecipada da prova.

Ou seja, as decisões mandamentais que permitem a aplicação do referido dispositivo podem ser – e com regularidade serão – aquelas proferidas no curso do procedimento, para fazer com o que o processo seja mais eficiente.

Nesse sentido, no curso do processo de conhecimento, o juiz poderá determinar que as partes colaborem e compareçam para a tomada de interrogatório, sob pena de aplicação de multa. Pode, ainda, fazer uso de medida indutiva, como a dilatação dos prazos processuais ou o parcelamento dos honorários periciais para a parte que colaborar com o processo.

No mesmo sentido, no bojo da produção antecipada da prova, ainda que inexista previsão expressa, é possível extrair das regras previstas nos artigos 139, IV e 378 do CPC/2015, interpretadas à luz dos princípios da eficiência, boa-fé objetiva e da colaboração³¹⁷, que haverá vinculação entre a postura adotada pela parte no procedimento probatório e o eventual processo futuro³¹⁸.

obrigação, nos termos do art. 139, IV, do Código de Processo Civil”. Vale destacar que se trata de questão polêmica, tendo o mesmo Tribunal decidido em sentido diverso no mesmo dia. Nesse sentido, entendo pela impossibilidade da aplicação de tais medidas: TJSP; Agravo de Instrumento 2120227-58.2018.8.26.0000; Relator Francisco Giaquinto; 13ª Câmara de Direito Privado, Dje 28/8/2018; TJSP; Agravo de Instrumento 2161459-50.2018.8.26.0000; Relator Eros Piceli; 33ª Câmara de Direito Privado, Dje: 28/8/2018.

³¹⁶ Manual de Direito Processual Civil. 17ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 359/360.

³¹⁷ Ao tratar sobre o *best evidence principle* no direito norte-americano, Dale A. Nance estende o dever de colaboração aos advogados das partes, tendo afirmado que: “*It is comparatively uncontroversial today that attorneys have an obligation to bring relevant legal authority to the attention of the judge. The attorney, rather than the client, has the peculiar capacity to perform this function. By contrast, the client generally has superior knowledge of potentially important factual information—at least initially. As things proceed toward trial, the attorney comes to have as much or more competence with regard to the facts, so that client and attorney must share the responsibility to bring the best available evidence before the court. Reference hereinafter to the obligation of the ‘litigant’ encompasses in the first instance the client, and derivatively the attorney as agent of the client*” (NANCE, Dale A., “The Best Evidence Principle” (1988). Faculty Publications. Paper 463).

³¹⁸ É como diz Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “há de ser rejeitado com veemência o formalismo oco e vazio, que desconhece o concreto e deixa de fazer justiça. A organização do processo e sua ordem, por sua

E não bastasse isso, qualquer outra medida típica ou atípica poderá ser determinada pelo juiz para fazer com que a produção antecipada da prova atinja seus objetivos e cumpra com seu propósito dentro do atual sistema processual civil brasileiro.

Concluimos, portanto, que no CPC/2015 a produção antecipada da prova é um instituto bastante diferente da ação *cautelar de produção antecipada de provas* prevista no CPC/1973, tendo outras funções e sendo importante instrumento para que as partes possam ocupar papel de protagonistas no sistema processual.

Isso porque, como se viu acima, uma das principais funções do instituto é permitir que as partes avaliem de forma consciente, com base em informações confiáveis, seus riscos (podendo mitigá-los, ao definir os limites objetivos e subjetivos do processo futuro) e o custo-benefício de litigar. Estabelecer vinculação entre os processos é a melhor forma de fazer com que essa análise seja confiável e, conseqüentemente, cumpra sua função.

3.2. Limites da produção antecipada da Prova: Direitos fundamentais, Sigilo, Boa-Fé objetiva e custos

Dada a amplitude e a importância da produção antecipada da prova no sistema processual civil introduzido pelo CPC/2015, é necessário compreender quais são as limitações do instituto, de modo a evitar que ele se transforme em um instrumento de abuso ou, ainda, que venha a trazer ineficiência para a resolução de conflitos – justamente o oposto do que o instituto pretende.

São inúmeras as searas onde é possível compreender as limitações da produção antecipada da prova, entre elas entendemos que as mais relevantes para este trabalho são: i) custos (tempo e dinheiro); ii) obrigações de sigilo; iii) direitos fundamentais; vi) prova ilícita; e v) boa-fé objetiva.

vez, também não são destituídos de conteúdo. Assim, se o juiz preservar as garantias das partes, vedado não lhe é adotar um ponto de vista mais maleável, adaptando o direito e o sistema ao caso, quando necessário para vencer o formalismo, obstaculizador da justiça na hipótese concreta” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 213).

Não se pode ignorar que, no âmbito do processo civil, conforme ensina Helena Najjar Abdo, “os atos das partes estão sujeitos às normas processuais, mas também àquelas que regulam a vida civil e penais dos indivíduos em sociedade”³¹⁹..

Com base nessa premissa, a referida autora acrescenta que há “plena aplicabilidade da disciplina do abuso do direito à relação jurídica processual e, em especial, à atuação dos sujeitos processuais em juízo”³²⁰.

Esse tema é objeto de inúmeros estudos monográficos e tem grande relevância para o processo civil brasileiro, mormente no momento atual em que se busca um processo eficiente, colaborativo e regido pela boa-fé.

De todo modo, tal tema não é objeto principal deste trabalho, razão pela qual sua análise se restringirá à sua aplicação na ação de produção antecipada da prova.

Entretanto, trata-se de tema bastante pujante nos países onde a produção prévia da prova faz parte da cultura de resolução de conflitos, como os Estados Unidos da América e a Inglaterra.

Nesses países, como já se mencionou ao longo do trabalho, há grande preocupação com os abusos que vêm sendo praticados no bojo do *discovery* ou *disclosure*. A preocupação se mostrou tão grande que houve, inclusive, mudanças legislativas para coibir tais excessos^{321_322}.

³¹⁹ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do processo. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 25. No mesmo sentido: MENDONÇA LIMA, Alcides de. Probidade processual e finalidade do processo. Uberaba: Editora Vitória, 1978, p. 14.

³²⁰ ABDO, Helena Najjar. O Abuso do processo. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 25.

³²¹ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. In Temas de Direito Processual, Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 58.

³²² Sobre as causas do uso abusivo do *discovery*, com ênfase nos problemas de ensino das universidades estadunidenses, ver com proveito: FLEGAL, Frank F. Discovery Abuse: Causes, Effects, and Reform, 3 Review of Litigantion (1982).

O principal ponto de preocupação naqueles países diz respeito ao gasto excessivo de tempo e recursos financeiros nessa fase de produção prévia de provas³²³⁻³²⁴.

Os estudiosos do tema identificaram que, não raras vezes, as partes abusam do seu direito de produzir provas antecipadamente, objetivando alcançar interesses escusos, como, por exemplo, fazer com que o adversário desista de litigar ou entabule um acordo desfavorável³²⁵⁻³²⁶, em razão dos altos custos que lhe são impostos para produzir a prova.

Outro problema frequente diz respeito ao chamado *fishing expedition*³²⁷, que é usar a possibilidade de produzir provas antecipadamente de forma abusiva, com fins de

³²³ “In 2009, the American Bar Association (ABA) Section of Litigation conducted a survey of approximately 3,300 attorneys and concluded that “[a]lthough the matter has not reached the level of a crisis, there is dissatisfaction in the bar with litigating civil cases in federal court. This conclusion mirrored the results of a similar survey conducted that same year by the American College of Trial Lawyers (ACTL) Task Force on Discovery and the Institute for the Advancement of the American Legal System (IAALS), which found that. ‘[a]lthough the civil justice system is not broken, it is in serious need of repair. In many jurisdictions, today’s system takes too long and costs too much’. Few practicing attorneys would be surprised that discovery was singled out as ‘the primary cause for cost and delay’, and often ‘can become an end in itself’” (GRIMM, Paul W.; YELLIN, David S. A Pragmatic Approach to Discovery Reform: How Small Changes Can Make a Big Difference in Civil Discovery. 64, South Carolina Law Review, p. 495, 2013).

³²⁴ Segundo anotam GRIMM, Paul W.; YELLIN, David S., com base no estudo denominado “Lawyers For Civil Justice Et Al., The Time Is Now: The Urgent Need For Discovery Rule Reforms”: “the Chairman of the House Judiciary Committee’s Constitution Subcommittee recently noted that the costs of civil discovery ‘make access to the justice system more expensive for individuals and businesses alike’, and even ‘hamper the American economy’” (GRIMM, Paul W.; YELLIN, David S. A Pragmatic Approach to Discovery Reform: How Small Changes Can Make a Big Difference in Civil Discovery. 64, South Carolina Law Review, p. 499, 2013).

³²⁵ “Discovery as both a tool for uncovering facts essential to accurate adjudication and a weapon capable of imposing large and unjustifiable costs on one’s adversary. Litigants with weak cases have little use for bringing the facts to light and every reason to heap costs on the adverse party—on this supposition, the one in the right. The prospect of these higher costs leads the other side to settle on favorable terms. All of the models of settlement imply that parties divide between them the gains from avoiding litigation” (EASTERBROOK, Frank H. Discovery as Abuse. 69 Boston University Law Review 635, 1989).

³²⁶ O problema se mostrou tão grave e de tamanha repercussão que, em conferência realizada pelas cortes federais dos Estados Unidos da América em 2010, se questionou: “Is the Litigation Process Structured for Settlement Rather than Trial and Should It Be?” (Disponível em <http://www.uscourts.gov/uscourts/RulesAndPolicies/rules/Duke20Materials/Library/ConferenceOAgenda20-20Final.pdf>, acesso em 16/11/2018, às 10h01).

³²⁷ “One common discovery abuse is the use of overbroad document production requests in an attempt to cast a wide net to launch a litigation ‘fishing expedition’. In *Regan-Touhy v. Walgreen Co.*, Ms. Touhy sued Walgreen Co. alleging intentional infliction of emotional distress, breach of duty of confidentiality, invasion of privacy, and disclosure of confidential medical information. Document production requests included a request for log files or other documents capable of identifying which employees had access to her pharmacy account information, a request for all manuals concerning any computer system or program housing data about Ms. Touhy, a request for an employee’s personnel file, a request for all e-mails from one employee’s e-mail account and a request for all documents that relate in any way to Ms. Touhy” (HOPWOOD, William; PACINI, Carl; YOUNG, George. *Fighting Discovery Abuse in Litigation*. Journal of Forensic & Investigative Accounting, Vol. 6, Issue 2, July - December, 2014)

obter informações confidenciais da parte contrária e, com isso, por exemplo, obter vantagens comerciais.

Esses problemas – que se vêm mostrando graves e merecedores de atenção nos países que adotam um amplo modelo de produção antecipada da prova³²⁸ – têm de ser combatidos desde o início no direito processual brasileiro, mesmo havendo diferenças sensíveis entre os procedimentos, as quais fazem com o campo de abuso da produção antecipada da prova seja mais restrito no Brasil.

Entre essas diferenças, as mais relevantes dizem respeito (i) ao maior nível de desjudicialização da atividade probatória em países como a Inglaterra e os Estados Unidos³²⁹⁻³³⁰ e (ii) ao papel que o juiz exerce em cada modelo, sendo mais participativo e ativo no direito brasileiro.

³²⁸ “One persistent criticism of the Federal Rules of Civil Procedure is that discovery provisions do not quell the abusive discovery practices of litigants. Discovery abuse or predatory discovery can take various forms. The first is excessive discovery such as the use by the requesting party of an avalanche of interrogatories, deposition notices, and document requests. The responding party may try to bury opponents with thousands of pages of documents. These practices are to harass, cause delay, or wear down the adversary by forcing it to incur costs (Rennie, 2011). The second category is stonewalling or opposing proper discovery requests to frustrate the other party. A significant number of litigants refuse to comply with discovery requests or court orders or only partially comply with discovery requests or court orders. A third type of predatory discovery is obnoxious behavior by attorneys” (HOPWOOD, William; PACINI, Carl; YOUNG, George. *Fighting Discovery Abuse in Litigation*. Journal of Forensic & Investigative Accounting Vol. 6, Issue 2, July - December, 2014).

³²⁹ É de se destacar que existe uma diferença substancial entre o modelo norte-americano e o modelo inglês de produção antecipada da prova. No primeiro, há maior amplitude e possibilidade de plena investigação de fatos que podem vir a se transformar em processo judicial. Na Inglaterra – que nesse ponto se assemelha ao Direito brasileiro – os fatos objeto de investigação e produção prévia de provas somente serão aqueles que estiverem diretamente relacionados com determinado conflito. De outro lado, o fato de nos Estados Unidos haver a previsão de julgamento por júri nos casos civis também é significativo para ampliar o espectro do *discovery*, pois o julgamento é obrigatoriamente concentrado. Cf. CHASE, Oscar. *Direito, Cultura e Ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Trad. Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. Marcial Pons, São Paulo, 2014, p 92.

³³⁰ Sobre a amplitude do *discovery* norte-americano, GRIMM, Paul W.; YELLIN, David S afirmam que no ultimo século houve um movimento bastante amplo no sentido de se permitir a produção de provas sobre fatos que sequer dizem respeito àquele conflito. Confira-se: “An expansion in discovery, generally, has been in progress for most of the last century. In 1911, the United States Supreme Court rejected the notion that pretrial discovery was inherent in civil litigation and held that §724 of the Judiciary Act of 1789-which allowed federal courts to compel parties ‘to produce books or writings’ - only allowed for the production of such items at trial.⁸⁴ By way of comparison, the Court noted that an equitable ‘bill of discovery’ cannot be used merely for the purpose of enabling the plaintiff in such a bill to pry into the case of his adversary to learn its strength of weakness. A discovery sought upon suspicion, surmise or vague guesses is called a ‘fishing bill.’ Just thirty-six years later, the Court approved broad discovery in the landmark case of *Hickman v. Tavor*. In the intervening years, the Federal Rules of Civil Procedure had been adopted, and the scope of discovery had already been expanded in 1946 to expressly permit discovery of evidence that would not be admissible at trial” (GRIMM, Paul W.; YELLIN, David S.. *A Pragmatic Approach to Discovery Reform: How Small Changes Can Make a Big Difference in Civil Discovery*. 64, South Carolina Law Review, p. 505, 2013).

O impacto dessas diferenças pode ser observado de vários ângulos, entre eles o do maior engessamento da atividade probatória prévia no Brasil. Entretanto, da perspectiva do abuso do processo, há, ao que tudo indica, uma vantagem no modelo brasileiro.

Para que se possa identificar essa vantagem, é preciso inicialmente observar que, no direito processual brasileiro, mesmo com o avanço na produção prévia da prova (CPC/2015, arts. 381 e seguintes), a atividade probatória em sua grande maioria ocorre no âmbito de um processo jurisdicional – seja ele sobre o acerto do direito, seja ele exclusivamente sobre a produção da prova.

No direito positivo, identificamos uma única exceção a essa regra, qual seja, a possibilidade de as partes contratarem a elaboração de ata notarial³³¹ em um cartório extrajudicial, para que a existência e o modo de existir de algum fato sejam atestados ou documentados por tabelião com fé pública.

À exceção desse meio de prova – a que alguns sequer atribuem autonomia³³² – a produção dos demais meios de prova antes do litígio ocorrerá no bojo de processo jurisdicional, o que significa dizer que toda a atividade desenvolvida pelas partes dependerá de prévia autorização judicial e será fiscalizada de imediato por órgão jurisdicional³³³.

De outro lado, no âmbito do *discovery*, a produção da prova tende a ser mais desjudicializada³³⁴, o que permite às partes mais autonomia na condução dessa atividade, e, conseqüentemente, maior campo para abusos.

331 “Basicamente, a ata notarial é o instrumento público por meio do qual o notário certifica – por meio de sua condição pública, e do decorrente dever de imparcialidade – a ocorrência de certo fato, por ele presenciado. Por óbvio, considerando que o notário atua aqui com imparcialidade, na função de mero ‘certificador’ da ocorrência do fato por ele verificado, é vedado a ele a emissão de qualquer juízo de valor sobre aquilo que atesta, bem como atestar fatos ‘supostos’ ou por ele não pessoalmente presenciados. Pela mesma razão não se admite que, por meio da ata notarial, possa o notário emitir juízos técnicos ou científicos a respeito do que presenciou” (MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. VII. Artigos 381 ao 484. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 53).

332 Cf. MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. VII. Artigos 381 ao 484. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 53.

333 Sobre o tema em países de tradição de *civil law*, ver com proveito: SCHLESINGER, Rudolf B.; BAADE, Hans W.; HERZOG, Peter E. e WISE, Edward M. Comparative law. 6ª ed. 1998, p. 470.

334 Sobre o tema, Oscar Chase afirma que: “as normas processuais norte-americanas autorizam uma ampla gama de ferramentas com as quais os advogados dos litigantes podem buscar provas fora do Tribunal, mas estando respaldados pela autoridade da Corte em exigir a cooperação dos adversários e terceiros. Cada parte tem o poder de exigir que o adversário e outras testemunhas em potencial se sujeitem a questionamentos

Por essa razão, entendemos que haverá menos campo para abusos na produção antecipada da prova.

Não bastasse essa questão, há uma importante diferença entre a postura adotada pelo juiz no processo civil brasileiro – e nos países de tradição de *civil law* em geral – e no processo civil de países como o Estados Unidos da América, onde prepondera o chamado *adversarial system*.

Sobre essa questão, fazendo alusão ao sistema dos Estados Unidos da América³³⁵, Oscar Chase afirma que há

uma diferença significativa entre as demandas judiciais norte-americanas e aquelas de países de *civil law* é aquela relacionada ao papel do julgador: o juiz estadunidense normalmente se mantém passivo durante o julgamento, exceto quando lhe é solicitada, enquanto o juiz continental goza de um papel muito mais ativo³³⁶.

No Brasil, a atividade do juiz tende a ser mais ativa e participativa, em especial diante do princípio da colaboração, inserto no art. 6º do CPC/2015 e que mereceu capítulo próprio neste trabalho, e de previsões legais autorizando atividade probatória por parte do juiz – como o art. 370 do CPC/2015, que é claro ao prever que o juiz exerce atividade probatória de ofício.

Ademais, até a vigência do CPC/2015, a atividade probatória fora do processo que versasse sobre o accertamento do direito era restrita, permitida em regra apenas em situações em que havia urgência.

orais sob juramento sem a presença do juiz (deposition), respondam sob juramento perguntas escritas (interrogatories), ofereçam seus documentos para exame do adversário (document discovery) e, quando suas condições físicas e mentais estejam em discussão, submetam-se a exames médicos realizados por um profissional da escolha do interessado. (...) A par de estabelecer um prazo para a conclusão do processo, o juiz normalmente se envolverá apenas se uma das partes pedir uma decisão sobre um pleito ou uma defesa em particular” (CHASE, Oscar. Direito, Cultura e Ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Trad. Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. Marcial Pons, São Paulo, 2014, p. 91).

³³⁵ Sobre o tema GRIMM, Paul W.; YELLIN, David S. afirmam que: “*Even if the civil justice system should be made more effective at dealing with matters that will never be tried, this is not to say that litigants should be left to work things out for themselves. To the contrary, another frequently heard complaint about the civil justice system is a lack of active judicial management. Seemingly little has changed in the century since Roscoe Pound noted that ‘in America we take it as a matter of course that a judge should be a mere umpire, to pass upon objections and hold counsel to the rules of the game, and that the parties should fight out their own game in their own way without judicial interference’.* And yet, nearly every study of the issue has found broad agreement that early and active judicial involvement in a case leads to better, and more satisfying, results” (GRIMM, Paul W.; YELLIN, David S.. A Pragmatic Approach to Discovery Reform: How Small Changes Can Make a Big Difference in Civil Discovery. 64, South Carolina Law Review, p. 505, 2013).

³³⁶ CHASE, Oscar. Direito, Cultura e Ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Trad. Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. Marcial Pons, São Paulo, 2014, p. 95.

Há, portanto, uma sensível diferença entre a atuação do juiz estadunidense (*common law*) e do juiz brasileiro (*civil law*); este último é mais ativo e exerce maior controle sobre a atividade probatória das partes.

Nessa ordem de ideias, tendo em vista que (i) a produção antecipada da prova se desenvolve em ambiente jurisdicional, (ii) toda atividade probatória dependerá de prévia autorização e será controlada pelo juiz, e (iii) as provas a serem produzidas têm de ser pertinentes aos fatos subjacentes ao conflito apresentado ao órgão julgador, as possibilidades de abuso e de dispêndio exagerado de tempo e dinheiro se mostram mais restritas no direito processual civil brasileiro, o que não significa, porém, que devemos ignorá-las.

3.2.1. Evitando Práticas Abusivas

A produção antecipada da prova, como já se defendeu acima, tem natureza de demanda e ostenta caráter litigioso.

Essa constatação tem amplo reflexo no controle de práticas abusivas no âmbito da produção antecipada da prova, impondo que o juiz atue no sentido de conduzir o processo a atingir seu objetivo de forma eficiente.

Nesse sentido, no âmbito da produção antecipada da prova, o juiz deverá atuar exercendo todos seus poderes de condução e gestão do processo, típicos e atípicos (CPC/2015, art. 139), para coibir os abusos que possam vir a ser praticados pelas partes.

A atuação do juiz nesse sentido é extremamente importante para evitar que a produção prévia da prova torne a resolução de conflitos ineficiente, o que vai justamente contra a função precípua do instituto – a de empregar eficiência na resolução de conflitos.

No que diz respeito ao abuso do processo que vise a gerar aumento de custos e tempo, entendemos que a própria feição da atividade jurisdicional brasileira será um dificultador para que isso ocorra.

Sobre esse ponto, vale observar que, com as inovações no âmbito da produção antecipada da prova introduzidas no Código de Processo Civil de 2015, o legislador brasileiro buscou encontrar um equilíbrio entre a atuação do Estado-juiz e a das partes na descoberta dos fatos. É justamente esse equilíbrio que permite, de um lado, que as partes

alcancem os benefícios da produção prévia da prova e, de outro, que excessos sejam coibidos, tornando a resolução de conflitos mais eficiente³³⁷.

Nesse sentido, para evitar problemas como o excesso de custos e de tempo, o juiz deverá analisar a pertinência entre a prova requerida e os fatos narrados, ainda que de forma sumária, pelo requerente da prova.

Essa análise – que poderá, inclusive, ser provocada pela defesa da parte contrária, uma vez que entendemos ser inconstitucional a supressão de defesa na produção antecipada da prova – permitirá ao juiz punir a parte que pretenda abusar da produção da prova, com o intento de torná-la excessivamente custosa, e coibir o excesso com o indeferimento da prova.

Não bastasse isso, é de se observar, também, que utilizar a produção antecipada da prova é uma faculdade das partes, e aquela que se sentir lesada pelo tempo e custo despendidos no procedimento probatório tem o direito de iniciar imediatamente o processo sobre o accertamento do direito.

Notadamente, diante dessa possibilidade, haverá menos estímulo para que a ação probatória seja utilizada de forma abusiva, pois o resultado prático do abuso será diminuto.

Poder-se-ia aventar, por outro lado, que essa possibilidade só se coloca para a parte que ocupará o polo ativo da futura e eventual demanda sobre o accertamento do direito, o que ilidiria esse argumento.

³³⁷ Falando sobre as vantagens do modelo processual em que o juiz atua com certo protagonismo, LANGBEIN, John H., ao estudar o direito processual civil alemão, afirma, ainda que de forma indireta, que é preciso encontrar um equilíbrio entre o aberto modelo estadunidense e os modelos tradicionais de *civil law*: “My theme is that, by assigning judges rather than lawyers to investigate the facts, the Germans avoid the most troublesome aspects of our practice. But I shall emphasize that the familiar contrast between our adversarial procedure and the supposedly nonadversarial procedure of the Continental tradition has been grossly overdrawn. To be sure, since the greater responsibility of the bench for fact-gathering is what distinguishes the Continental tradition, a necessary (and welcome) correlative is that counsel’s role in eliciting evidence is greatly restricted. Apart from fact-gathering, however, the lawyers for the parties play major and broadly comparable roles in both the German and American systems. Both are adversary systems of civil procedure. There as here, the lawyers advance partisan positions from first pleadings to final arguments. German litigators suggest legal theories and lines of factual inquiry, they superintend and supplement judicial examination of witnesses, they urge inferences from fact, they discuss and distinguish precedent, they interpret statutes, and they formulate views of the law that further the interests of their clients. I shall urge that German experience shows that we would do better if we were greatly to restrict the adversaries’ role in fact-gathering” (LANGBEIN, John H., *The German Advantage in Civil Procedure* (1985). Faculty Scholarship Series. Paper 536, p. 823).

No entanto, é justamente a pessoa que ocupa essa posição que se encontrará, na maior parte das vezes, em posição de sofrer as consequências nefastas do gasto excessivo de tempo e dinheiro na produção prévia da prova. Não bastasse isso, em se tratando do cenário inverso, o ganho de tempo não trará, em regra, benefícios para nenhuma das partes, mormente porque o requerente da prova é quem, em regra, terá de custeá-las.

Assim, a própria feição contenciosa da produção antecipada da prova, que permite defesa – pois seria inconstitucional proibir o exercício de contraditório em demanda de caráter contencioso – e exige decisão do juiz para que a produção da prova seja autorizada, cria óbices para que as partes façam uso do procedimento de forma abusiva.

No mesmo sentido, a atuação da parte para obter prova não relacionada ao conflito, mas que possa lhe propiciar vantagem comercial – *fishing expedition* –, também se mostrará mais restrita no direito brasileiro.

Sobre esse ponto, em primeiro lugar, é preciso considerar que, diversamente do modelo norte-americano, que permite a investigação de fatos não diretamente relacionados ao conflito, na produção antecipada da prova só haverá autorização de produção da prova quando ele for pertinente aos fatos subjacentes ao conflito narrado.

Nessa ordem de ideias, o parágrafo único do art. 370 do CPC/2015 – cuja aplicação precípua se dá no processo de conhecimento, mas que também se aplica na produção antecipada da prova – prevê que o juiz indeferirá as provas inúteis ou meramente protelatórias.

Essa regra exige, ao fim e ao cabo, que a prova requerida seja, ainda que em tese, relevante para o deslinde do conflito em que as partes estão envolvidas.

Nesse sentido, Luis Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart ensinam que:

Requerida a produção da prova, deve o juiz examinar a sua oportunidade e cabimento. Trata-se, então, da fase em que o juiz decide sobre a admissão da produção da prova. Para que o juiz possa decidir sobre a admissibilidade da prova, o requerimento deve ser específico – e não genérico ou indeterminado –, devendo mencionar, de forma detalhada, a espécie de prova que se pretende produzir (prova pericial contábil, por exemplo) e sua finalidade (de elucidar certo fato). A prova

somente deve ser admitida quando, além de ter sido requerida de acordo com as regras de direito processual, é relativa a uma afirmação de fato principal ou a um fato indiciário que tenha relevância para o convencimento do juiz³³⁸

É de se destacar que a “régua” de admissibilidade aplicável à produção antecipada da prova deve ser muito menor do que aquela aplicável ao processo de conhecimento, justamente porque, na ação probatória autônoma, as partes têm como objetivo a *investigação* de fatos que possam dar sustentação à futura pretensão.

Nesse sentido, o juiz deverá ter maior flexibilidade e autorizar mais provas do que autorizaria no processo que verse sobre o accertamento do direito, mas, por outro lado, sempre deverá haver uma relação – ainda que tênue – entre (i) o meio de prova que se pretende produzir, (ii) o fato que se pretende com ele provar, e (iii) os fatos subjacentes ao litígio em que as partes estão envolvidas.

Sem que exista tal relação, a produção da prova deve ser negada, sob pena de tornar a resolução de conflitos ineficiente – o que não se pode admitir.

Além disso, é preciso ter em mente que o juiz da produção antecipada da prova deverá indeferir todas as provas ilícitas e moralmente ilegítimas, respeitando na íntegra a regra do art. 369 do CPC/2015 e a proibição inserta no inciso LVI do art. 5º da Constituição da República.

De todo modo, dadas as disposições do artigo 139 do CPC/2015, o juiz deverá atuar de modo a evitar qualquer pretensão abusiva das partes, indeferindo a produção de provas inúteis e, ainda, fazendo uso de meios indutivos, sub-rogatórios e coercitivos.

Importante destacar que a atuação do juiz – e das partes – no sentido de evitar a prática de abusos na produção da prova é extremamente relevante para evitar que a produção antecipada se torne uma ferramenta de ineficiência e, portanto, passe a ir de encontro aos princípios fundamentais do processo³³⁹.

³³⁸ *In* Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 129.

³³⁹ Segundo anotam William Hopwood, Carl Pacini e Geroge Young, “*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*” (HOPWOOD, William; PACINI, Carl; YOUNG, George. Fighting Discovery Abuse in Litigation. Journal of Forensic & Investigative Accounting. Vol. 6, Issue 2, July - December, 2014)

Essa preocupação se mostra relevante, pois somente com o equilíbrio entre a autonomia das partes e a atuação do Estado-juiz será possível fazer com que a produção antecipada da prova não acabe por causar os grandes e graves problemas que vêm sendo identificados em países de tradição de *common law*, em especial os Estados Unidos da América.

Não obstante, a modelagem do sistema processual brasileiro se mostra menos propícia a tais abusos, de modo que entendemos ser a produção antecipada, na maioria dos casos, um instrumento útil para garantir a eficiência do processo.

3.2.1.1.A Questão do Sigilo

Questão interessante que se coloca é a do sigilo da prova que se pretenda obter ou produzir no curso da produção antecipada da prova.

Em algumas situações, como a de sigilo decorrente de segredo industrial ou propriedade industrial, é necessário haver um regramento próprio que vise a criar um equilíbrio entre o direito autônomo à prova e o direito ao sigilo.

Nessas situações – em que poderia ter lugar o abusivo *fishing expedition*³⁴⁰ –, não se pode admitir que, a pretexto de se garantir à prova o direito autônomo, a parte contrária se torne vulnerável e veja quebrado (ou mitigado) o sigilo a que faz jus seu segredo industrial ou direito de propriedade industrial³⁴¹.

Segundo anotam Alexandre Reis Siqueira Freire e Marcello Soares Castro, há grande especificidade na matéria probatória envolvendo propriedade industrial:

E se o assunto prova comporta diversas análises, quando referido aos direitos de propriedade industrial, as possibilidades são multiplicadas, por se tratar este de um direito diferenciado e que exige um exame especialmente técnico para elucidar os contornos exatos da situação fático-jurídica trazida em juízo: a prova, portanto, desempenha uma função relevante para o exato delineamento das questões para

³⁴⁰ Sobre o histórico dos problemas e preocupações envolvendo o *fishing expedition*, ver, com proveito: SUBRIN, Stephen N. *Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules*. Boston College Law Review, V. 39, article 6.

³⁴¹ Segundo anotam William Hopwood, Carl Pacini e George Young, “the Tenth Circuit Court of Appeals upheld a district court order that these requests were overly broad. A litigant has a duty to state discovery requests with ‘reasonable particularity.’ A request for document production should be sufficiently definite to ‘apprise a person of ordinary intelligence what documents are required and to enable the court ... to ascertain whether the requested documents have been produced’” (HOPWOOD, William; PACINI, Carl; YOUNG, George. Fighting Discovery Abuse in Litigation. Journal of Forensic & Investigative Accounting. Vol. 6, Issue 2, July - December, 2014).

compreender os limites e possibilidade dos direitos de propriedade industrial discutidos e dos ilícitos ou danos praticáveis contra tais direitos³⁴².

A questão primordial que se coloca nesses casos – em especial no que diz respeito ao segredo industrial – é que uma vez reveladas as informações que o compõem, seu titular não terá mais nenhuma proteção viável para impedir seu uso por terceiros, seja a parte contrária, sejam terceiros que venham a ter acesso ao processo.

Nesse sentido, é preciso que exista uma sistemática própria para evitar que a parta faça uso da produção antecipada da prova abusivamente para ter acesso a segredos industriais de concorrentes.

De acordo com estudo da *International Trademark Association (INTA)*, a preservação de inovações tecnológicas e inventivas, em especial a conservação de segredos industriais, tem sérios impactos em processos judiciais.

Com vistas a preservar o sigilo dessas informações e o segredo delas decorrentes, a Itália³⁴³ promoveu alteração legislativa e, agora,

Italian judges may, upon request, prohibit the parties and any other participants in legal proceedings from using or disclosing the trade secrets of which they have become aware during the proceedings. Judges may also, upon request, restrict access to documents containing trade secrets, keep attendance of hearings to a limited number of persons, and redact the passages of decisions containing trade secrets^{344_345}.

A mesma preocupação também foi objeto de trabalho pela *American Bar Association*. Estudo elaborado pelo “*Non-Competition, Trade Secrets, Proprietary Information, and Duty of Loyalty Subcommittee, and the Technology Subcommittee*”,

³⁴² FREIRE, Alexandre Reis Siqueira; CASTRO, Marcello Soares. Atividade Probatória e Propriedade Industrial: alguns comentários acerca da asseguaração de provas. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=677fa4059ee76333>, acesso em 16/11/2018, às 17h02.

³⁴³ Decreto n. 63, de 11 maio de 2018, implementando a diretriz da União Europeia n. 2016/943, que alterou a Lei de Propriedade Industrial e o Código Penal italianos.

³⁴⁴ Disponível em <https://www.inta.org/INTABulletin/Pages/ITALYTradeSecretsDirective7314-.aspx>, acesso em 16/11/2018, às 17h32.

³⁴⁵ “os juízes italianos podem, mediante solicitação, proibir as partes e quaisquer outros participantes do processo de usar ou divulgar os segredos industriais de que tenham conhecimento durante o processo. Os juízes também podem, mediante solicitação, restringir o acesso a documentos que contenham segredos industriais, limitar a participação nas audiências, redigir pessoalmente as passagens de decisões que contenham segredos comerciais”.(tradução livre do autor).

denominado “*Using An Expert in Non-Compete and Trade Secret Cases*”³⁴⁶, tratou das precauções que devem ser tomadas quando informações sensíveis forem objeto de prova.

Trata-se de tema relevante e que, entretanto, não mereceu regramento próprio no capítulo que trata da produção antecipada da prova, e tampouco no CPC/2015.

Entretanto, a ausência de previsão legal expressa não permite que a questão seja ignorada, pois se trata de problema grave e que exige uma solução à altura.

Nesse sentido, entendemos que os princípios e regras (como, por exemplo, a Lei Federal n. 9.279/96 – Lei da Propriedade Industrial – e Lei Federal n. 9.456/97 – Lei de Cultivares) de direito material que protegem tais informações devem ser aplicados no processo, com vistas a criar um procedimento que atenda às especificidades do caso, o que se mostra plenamente viável diante da sistemática do art. 139 do CPC/2015.

Nos casos em que a produção antecipada da prova envolver informações sigilosas, mormente aquelas relacionadas a segredos industriais, o juiz deve tomar cuidados extras ao tratar essas informações, determinando, logo de início, que o processo transcorra em segredo de justiça.

Tal necessidade, além de decorrer da interpretação do art. 189 do CPC, está prevista de forma expressa no art. 206 da Lei de Propriedade Industrial, que prevê: “Na hipótese de serem reveladas, em juízo, para a defesa dos interesses de qualquer das partes, informações que se caracterizem como confidenciais, sejam segredo de indústria ou de comércio, deverá o juiz determinar que o processo prossiga em segredo de justiça, vedado o uso de tais informações também à outra parte para outras finalidades”. Esse dispositivo

visa exatamente assegurar a consecução da finalidade do processo, pois na sua ausência as partes, temendo pela divulgação de suas informações sigilosas, ficariam impedidas de realizar a prova de seus direitos necessária para o deslinde da questão levada à apreciação pelo poder judiciário. É importante notar que a Lei defende o interesse de qualquer das partes e não somente do autor, de proteger a confidencialidade das informações reveladas em juízo sendo vedado o uso de tais informações para outras finalidades³⁴⁷.

³⁴⁶Disponível em https://www.americanbar.org/content/dam/aba/events/labor_law/2018/papers/strategic-use-forensic-paper.pdf, acesso em 16/11/2018, às 17h44.

³⁴⁷ IDS – Instituto Dannemann Siemsen de Estudos de Propriedade Intelectual. Comentários à lei da propriedade industrial. Edição Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 428.

Assim, o juiz deverá atuar de forma ativa para impedir a divulgação de informações sigilosas, portando-se como verdadeiro agente fiduciário dessas informações, controlando o que efetivamente deve ser revelado à parte contrária.

Nesse sentido, quando a parte solicitar a exibição de documento que contenha informações sigilosas, o juiz deverá restringir por completo o acesso de terceiros a essas informações, determinando que sua exibição se dê apenas ao órgão jurisdicional, o qual avaliará a pertinência da prova e liberará acesso à parte contrária apenas daquilo que for essencial para provar o fato pretendido.

Na mesma ordem de ideias, quando houver a necessidade de perícia que possa revelar informações sigilosas, o juiz deverá limitar o acesso de eventuais assistentes técnicos, bem como exigir que o perito assine documento em que se obriga a manter o sigilo das informações.

Não bastasse isso, tal como se faz no direito italiano, o juiz poderá, com fundamento no art. 139, IV, do CPC e no supramencionado art. 206 da Lei de Propriedade Industrial, proibir que as partes, ou qualquer pessoa que tiver acesso a informações sigilosas no bojo do processo, façam uso extrajudicial/comercial delas, sob pena de pagamento de multa e indenização.

Tais cuidados se mostram essenciais para evitar que a produção antecipada da prova seja utilizada de forma abusiva, tornando-se ferramenta de litigantes mal-intencionados que visam apenas à obtenção de informações sigilosas que lhes possam ser úteis comercialmente (*fishing expedition*).

É indispensável, portanto, que – a despeito de não haver previsão legal expressa – sejam adotados todos os cuidados possíveis para preservar o sigilo das informações confidenciais, divulgando-se apenas e tão somente os dados essenciais e, ainda assim, limitando tal acesso ao menor número possível de pessoas.

É somente dessa maneira que a produção antecipada cumprirá com suas funções, sem que se transforme em instrumento de abusos, desvirtuando suas funções e tornando-se instrumento de ineficiência – o que iria de encontro a seus objetivos.

Para que isso ocorra, o juiz deverá se valer dos poderes previstos no art. 139 do CPC, mormente no que diz respeito à adequação do procedimento, fazendo com que

o processo atinja sua finalidade sem que, por outro lado, ocorra a violação ao sigilo das informações da outra parte.

4. Questões Essenciais Sobre a Dinâmica da produção antecipada da prova

4.1. Competência

Na vigência do CPC/1973, a competência para o julgamento das ações probatórias, as quais, naquele sistema, possuíam caráter cautelar, foi objeto de intensa controvérsia.

Naquele sistema, à primeira vista, o foro competente para julgar ação cautelar de produção antecipada da prova era o mesmo foro que viria a ser competente para julgar a “ação principal”. Nos casos em que já houvesse “ação principal”, o juízo desta era prevento para conhecer da cautelar probatória.

Tratava-se da regra geral de competência para os processos cautelares, prevista no art. 800 do CPC/1973, o qual estabelecia que: “As medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal”.

Essa orientação, insculpida no art. 800 do código revogado, tinha como base a legislação e a doutrina italianas, que inegavelmente exerceram grande influência no sistema processual brasileiro, em especial na elaboração do CPC/1973.

Era corrente e pacífico na doutrina italiana que o juízo competente para conhecer as ações de produção antecipada da prova era o mesmo que fosse competente

para conhecer e julgar a “ação principal”. É nesse sentido que entendiam, por exemplo, Salvatore Satta³⁴⁸, Carlo Calvosa³⁴⁹ e Carlo Lessona³⁵⁰.

No Brasil, entretanto, tal regra foi objeto de intensa e severa crítica doutrinária, pois tornava o processo cautelar ineficiente, ao impedir que o juízo competente para o processo fosse o topologicamente mais adequado para produzir a prova.

Sobre as vantagens de se abandonar a regra do art. 800 do CPC/1973 e adotar a competência do foro onde a prova deveria ser produzida, Daniel Amorim Assumpção Neves afirma que:

não há como negar que a fixação da competência da cautelar da produção antecipada de provas no local onde deverá ser efetivamente produzida tal prova, independente da regra para o processo principal, facilita e otimiza sua produção, de modo a evitar a desnecessária utilização de cartas precatórias³⁵¹.

Entretanto, naquela época, a crítica à regra de competência se fundava, principalmente, na ideia de que as ações de produção antecipada de provas estavam, como regra, vinculadas ao requisito da urgência.

Nesse sentido, a principal crítica da doutrina é que poderia haver perecimento do direito à prova em razão do problema de competência, já que muitas vezes o foro em que a prova deveria ser colhida era diferente do foro competente para conhecer da “ação principal”³⁵².

³⁴⁸ SATTÀ, Salvatore. *Diritto Processuale civile*. 9. Ed. Padova: Cedam, 1981, p. 794.

³⁴⁹ *“Il primo dei due criteri di competenza è, dunque, quello che si desume dalla competenza per il giudizio di merito, tenendosi per fermo, che il conciliatore non mai competenza a concedere sequestri”* (CALVOSA, Carlo. *Il processo cautelare (i sequestri e i provvedimenti d’urgenza)*. Torino, Tipografia Temporelli, 1970, p. 127).

³⁵⁰ LESSONA, Carlos. *Teoria General de la Prueba em Derecho civil*. 4. Ed. Madrid: Instituto Editora Reus, t. IV, p. 498.

³⁵¹ *In Ações Probatórias Autônomas*. São Paulo, Editora Saraiva, 2008, p. 171.

³⁵² Tratando de outras medidas cautelares típicas, mas com argumentos plenamente aplicáveis à produção antecipada da prova, Galeno Lacerda, ao comentar o art. 800 do CPC/1973, afirmou que: “se indispensável para evitar-se a frustração do arresto, do sequestro, da busca e apreensão, que a medida se promova no foro da situação da coisa ou do local do fato, evitando-se a as delongas da precatória a partir do juízo competente para a ação principal, livre estará o interessado para obter liminar naquele foro, inalterada a parte, se atendidos os respectivos requisitos” (LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. VIII, Tomo I, arts. 796 a 812. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2ª Ed, 1981, p. 280).

Assim, segundo Christian Garcia Vieira³⁵³, “o grande problema do CPC [de 1973], contudo, é o aspecto restritivo e insuficiente para atender situações emergenciais”. Conclui, ainda, que “deve ser aplicada, na medida do possível, a regra insculpida no art. 800. Em casos de urgência, contudo, deve ser admitida a excepcional competência do juízo originalmente incompetente”.

Em razão dessas fundadas críticas, doutrina e jurisprudência passaram a permitir que, em situações de urgência extrema, quando a distribuição da ação de produção antecipada de provas no juízo competente para conhecer da “ação principal” fosse ocasionar o perecimento da prova, a ação probatória fosse ajuizada no local em que a prova deveria ser produzida.

Acolhendo tal posicionamento, o CPC alterou a regra de competência – retornando parcialmente ao sistema previsto no regulamento 737/1950 –, ao estabelecer no §2º do art. 381 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”.

Assim, como diz Cândido Rangel Dinamarco³⁵⁴,

o Código de Processo Civil afasta por completo qualquer vinculação do processo autônomo da produção antecipada da prova ao foro competente para eventual demanda principal a ser promovida depois. O legislador optou por instituir esses dois foros eletivamente *concorrentes*, à disposição do autor, não se aplicando, portanto, mesmo nos casos em que essa medida seja dotada de natureza cautelar (art. 381, inc. III), o critério ditado no art. 299³⁵⁵ do Código de Processo Civil.

Flávio Luiz Yarshell³⁵⁶ faz ponderação interessante ao criticar o dispositivo, em razão de ter colocado em pé de igualdade dois critérios distintos de competência: o critério funcional (proximidade do local de produção da prova) e o critério territorial (foro de domicílio do réu).

³⁵³ *In* Asseguração de Prova. São Paulo, Editora Saraiva, 2011, p. 128/129.

³⁵⁴ *In* Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III. 7ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2017, p. 117.

³⁵⁵ Art. 299. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

³⁵⁶ *In* Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Teresa Arruda Alvim ... [et. al.], coordenadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.028.

Diante dessa diferença, poder-se-ia sustentar que a competência do foro do local de produção da prova, por ter caráter funcional e ensejar incompetência absoluta, deveria prevalecer sobre a competência do foro de domicílio do réu.

Entretanto, é preciso considerar que a lei não traz nenhuma regra que atribua caráter subsidiário entre as competências concorrentes, tendo, na verdade, equiparado tais regras. Assim, *a priori* não é possível sustentar a prevalência de uma regra de competência em detrimento de outra.

Na verdade, a nosso ver, a regra, que é especial e pode, portanto, equiparar os critérios de competência, mostra-se alinhada com a ideia do instituto, estabelecendo competência concorrente entre o local onde a prova deve ser produzida e o foro de domicílio do réu.

O que se observa diante de tal previsão é que o legislador optou por privilegiar a eficiência, facultando ao autor da medida seu ajuizamento no local em que a colheita da prova se mostrar mais célere e menos custosa, dando, assim, guarida aos casos em que a urgência em produzir a prova impossibilita a distribuição do processo no foro de domicílio do réu.

A regra representa um avanço quando analisada da perspectiva da produção antecipada de provas com caráter de urgência. Entretanto, quando se está diante de produção antecipada da prova sem urgência e tem-se como premissa que o objeto de tal espécie de processo é a “prova de determinado fato” e não apenas e tão somente a “produção de determinado meio de prova”, a competência do local onde a prova deve ser produzida, a depender do caso, pode não ter sido a melhor escolha.

Isso porque, em se entendendo o instituto da produção antecipada de provas (nas hipóteses sem o requisito da urgência) como um meio de antecipar a instrução processual, permitindo que as partes, em colaboração, tenham conhecimento aprofundado sobre os fatos que permeiam determinada relação jurídica, não parece correto estabelecer que o foro competente seja aquele em que um dos meios de prova deva ser colhido.

Em nossa opinião, a competência para conhecer da ação de produção antecipada de provas deve ser analisada de duas perspectivas: i) a urgência ou não na

produção de determinada prova; ii) a amplitude do procedimento (quantos fatos devem ser objeto de prova e quantos meios de prova devem ser colhidos).

Observadas essas perspectivas, a competência para conhecer da ação de produção antecipada de provas deve ser do local da produção da prova, quando houver urgência e/ou quando a ação se limitar a meios de prova que devem ser colhidos no mesmo local; de outro lado, quando não houver urgência e quando a amplitude de meios de prova exigir a prática de atos em diferentes locais, a competência deve ser a do domicílio do réu.

Nesse sentido, considerando essas observações, andou bem o §2º do art. 381 do CPC ao estabelecer competência concorrente, permitindo que a competência mais eficiente seja escolhida no caso concreto.

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.

Para a fixação da competência, há de se considerar, ainda, qual é a matéria debatida e qual é a natureza das partes. Assim, em se tratando de produção antecipada de provas que interessem à União, a competência será da Justiça Federal; da mesma forma, em se tratando de produção de provas que envolva relação de trabalho, a competência será da Justiça do Trabalho.

Sobre essa questão, importante considerar que o §4º do art. 381 do CPC prevê que, na hipótese de não haver vara federal no local em que a prova deve ser produzida, o juízo estadual será competente para conhecer da ação de produção antecipada de provas. Tal previsão, apesar de, como aponta Flávio Luiz Yarshell³⁵⁷, divergir do entendimento jurisprudencial dominante, a nosso ver é positiva, pois, inserida no contexto da produção antecipada da prova, privilegia o princípio da eficiência, tão caro ao processo civil contemporâneo.

³⁵⁷ *In* Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Teresa Arruda Alvim ... [et. al.], coordenadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.029.

Outro ponto interessante, que mereceu atenção da doutrina na vigência do CPC/1973, foi a prevenção do juízo da ação de produção antecipada de provas para conhecer do “processo principal”.

Na vigência do código revogado, tal questão se mostrou extremamente controversa³⁵⁸, tendo havido verdadeira panaceia jurisprudencial sobre o tema, como bem apontou Christian Garcia Vieira³⁵⁹.

Por fim, a Súmula n. 263³⁶⁰ do extinto Tribunal Federal de Recursos (TFR) consolidou o entendimento de que inexistia prevenção. Entretanto, mesmo diante da existência desse enunciado de súmula, não raras vezes o STJ divergia sobre o entendimento, ora entendendo haver prevenção³⁶¹, ora entendendo inexistir prevenção³⁶².

O CPC, no §3º do art. 381, pôs fim a essa divergência, estabelecendo, textualmente, que “a produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta”.

Tal regra, como bem expôs Flávio Luiz Yarshell³⁶³,

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

³⁵⁸ Na doutrina da época, Patrícia Miranda Pizzol entendia que deveria haver prevenção: “Quanto a produção antecipada de provas, tendo em vista a finalidade da prova, que é o convencimento do magistrado, devendo, portanto, ficar prevento o juízo da cautelar para a ação principal” (PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 522). No mesmo sentido, Humberto Theodoro Junior afirma que: “A antecipação da prova é ação cautelar que já coloca *sub judice* a lide. Nem sequer pode o promovente, como se dava no Código revogado, retirar os autos do Cartório para fazer deles o que julgar conveniente. Agora, devem os autos permanecer em Cartório aguardando a propositura da ação principal. É evidente, assim, que a competência do juiz da vistoria se torna preventa” (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, vol. 5, p. 305). Em sentido diverso, mas fazendo ressalva de que em casos específicos poderia haver conveniência na prevenção: VIEIRA, Christian Garcia. *Asseguração de Prova*. São Paulo, Editora Saraiva, 2011, p. 128/129.

³⁵⁹ “Na verdade, há inúmeros acórdãos, tanto no sentido de ocorrer a prevenção, quanto no sentido contrário” (Asseguração de Prova. São Paulo, Editora Saraiva, 2011, p. 131).

³⁶⁰ A produção antecipada de provas, por si só, não previne a competência para a ação principal.

³⁶¹ Por exemplo: REsp 712.999/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/4/2005, DJ 13/6/2005, p. 305; REsp 487.630/SP, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/8/2003, DJ 28/6/2004, p. 245.

³⁶² Por exemplo REsp 617.921/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/5/2010, DJe 26/5/2010; AgRg na MC 10.565/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 25/10/2005, DJ 14/11/2005, p. 324.

³⁶³ *In* Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Teresa Arruda Alvim ... [et. al.], coordenadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.028.

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”.

Eduardo Talamini³⁶⁴ explica, ainda, 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”.

Além disso, essa disposição – de inexistência de prevenção – compreendida juntamente com a previsão do §2º do mesmo artigo, em especial no que diz respeito ao privilégio do princípio da eficiência, em detrimento das regras tradicionais de competência, deixa claro que, em se tratando, por exemplo, de produção de provas para apurar responsabilidade civil contratual, não cabe exigir, *a priori*, que a produção antecipada da prova respeite eventual cláusula de eleição de foro, ainda mais quando nessa espécie de processo inexistirá valoração probatória (cf. art. 382, §2º, CPC).

Tal cláusula ditará apenas a competência de eventual e hipotético processo indenizatório, enquanto a competência da produção antecipada de provas deve ser aquela que se mostrar mais eficiente.

Evidente, entretanto, 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.

Esse posicionamento mostra-se em consonância com o caráter autônomo da produção antecipada de provas e do acréscimo de autonomia privada no processo civil, diante das previsões do CPC, notadamente de seu art. 190.

³⁶⁴ *In* Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Antônio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p.593.

4.1.1. A Competência (ou Jurisdição) para conhecer da Produção Antecipada da Prova Quando há Previsão de Instituição de Arbitragem

Outra questão interessante que se coloca é a competência para conhecer da produção antecipada de provas quando as partes estabelecerem convenção de arbitragem para dirimir questões de direito material.

Sobre esse ponto, é preciso em primeiro lugar estabelecer se a produção antecipada da prova tem ou não requisito de urgência. Havendo urgência, a produção dessa prova, que está vinculada ao direito de provar³⁶⁵ (e não ao direito autônomo à prova) deve obedecer à mesma regra das demais medidas de urgência, sendo requerida ao Poder Judiciário caso não exista tribunal arbitral constituído ou previsão de constituição urgente para tribunal arbitral.

Nesse sentido, Flávio Luiz Yarshell³⁶⁶, ainda na vigência do CPC/1973, quando não havia no direito positivo a produção antecipada da prova sem o requisito da urgência, mas que se aplica à produção antecipada de prova com requisito da urgência prevista no CPC vigente, afirma que:

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.

Assim, em se tratando de produção antecipada da prova com requisito da urgência, deve ser aplicada a regra prevista no art. 22-A da Lei de Arbitragem³⁶⁷ (Lei

³⁶⁵ “Para tanto, parece ser útil lembrar que o direito à prova, com os contornos aqui delimitados, pode ser entendido como abrangido pelo próprio direito de ação. Não se trata, é certo – e como se procurou demonstrar –, de desdobramento idêntico ao que pode ser feito em relação ao direito de provar. Esse último, como visto, está ligado essencialmente ao processo cujo objeto é a declaração do direito; e, se e quando a prova foi aí requerida de forma antecipada, seu pressuposto será mesmo a urgência” (YARSELL, Flávio Luiz. *Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência*. São Paulo: Malheiros Editores, p. 312).

³⁶⁶ *Brevíssimas notas a Respeito da Produção Antecipada da Prova na Arbitragem*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 14/2007, p. 52-56, jul.-set./2007.

³⁶⁷ Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

Federal n. 9.307/96, com redação dada pela Lei n. 13.129/2015), sendo o Poder Judiciário competente para conhecer da medida caso ainda não haja tribunal arbitral constituído³⁶⁸.

Por outro lado, nos casos em que já houver tribunal arbitral constituído, deve ser aplicado o parágrafo único do art. 22-B da Lei da Arbitragem, o qual prevê ser o tribunal arbitral competente para conhecer das medidas urgentes³⁶⁹.

A questão mais árdua se apresenta quando, havendo compromisso arbitral fixado entre as partes, se analisa a competência para conhecer produção antecipada de provas *sem* o requisito da urgência.

Nesses casos, a princípio, a conclusão mais evidente é a de que a produção antecipada de provas deve ser ajuizada perante a câmara arbitral, pois as partes, ao estabelecerem a convenção de arbitragem, abriram mão da jurisdição estatal.

E, é importante destacar, boa parte da doutrina internacional entende dessa forma, pela competência da câmara arbitral para conhecer da produção antecipada da prova. Nesse sentido, podemos citar, por exemplo, Loïc Cadiet e Emmanuel Jeuland³⁷⁰ na França e Adrian Zuckerman³⁷¹ no Reino Unido.

A nosso ver, entretanto, não é possível estabelecer uma resposta *a priori* a essa pergunta, pois a resolução dessa intrincada questão passa pela análise da abrangência

³⁶⁸ “Enquanto não instaurado o procedimento arbitral, diante do risco de perecimento do direito, a medida cautelar deve ser buscada no Judiciário. Há, sem dúvida, mas por questão óbvia, uma exceção à regra de jurisdição arbitral exclusiva em razão da convenção. (...) Ora, enquanto não instituído o juízo arbitral a quem possa a parte requerer as providências urgentes, para preservação de seus direitos e exercício pleno do acesso à ordem jurídica, será feito o pedido de tutela perante o Poder Judiciário, ‘assegurado como garantia constitucional em favor de todos, em caso de violação ou ameaça de violação de direito’” (CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 296).

³⁶⁹ Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.

³⁷⁰ “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. 9ª édition. Paris: LexisNexis, 2016, p. 502).

³⁷¹ “However, disclosure will not be ordered where the dispute comes within the terms of an arbitration agreement as the proceedings would be referred to arbitration rather than tried in court” (ZUCKERMAN, Adrian A.. Zuckermann on Civil Procedure. 3a ed. Londres: Sweet&Maxwell, 2013, p. 4).

do compromisso arbitral, o qual, apesar de na prática adotar determinado padrão, é diferente em cada caso.

Sobre o tema, João Luiz Lessa Neto³⁷² explica que:

fala-se em extensão ou abrangência da convenção de arbitragem para se referir a quais matérias e a quem está submetido à arbitragem em decorrência de um determinado e específico contrato de arbitragem. Há, portanto, uma extensão objetiva e subjetiva na convenção de arbitragem. A análise do contrato arbitral permite identificar quem é que se submeteu a arbitragem e quais questões e conflitos é que serão julgados pelo árbitro.

É preciso considerar, também, que a regra é que os conflitos sejam solucionados pelo Poder Judiciário, o qual possui jurisdição geral³⁷³; de outro lado, a competência do árbitro é excepcional, só existindo por meio de um contrato específico e nos limites nele estabelecidos.

É possível concluir, portanto, que, sendo a jurisdição arbitral uma exceção à regra geral, o compromisso arbitral deve ser interpretado de forma restritiva.

Vale destacar também que as partes têm ampla liberdade para pactuar a extensão do compromisso arbitral. Espera-se, portanto, que ele seja o mais específico possível, prevendo apenas e tão somente aquilo que as partes desejaram submeter ao juízo arbitral.

Nessa ordem de ideias, a produção antecipada da prova sem o requisito da urgência só estará sujeita à jurisdição arbitral no caso de haver previsão expressa no compromisso arbitral entabulado entre as partes.

Poder-se-ia questionar essa conclusão sob o argumento de que, havendo previsão de que os conflitos decorrentes de determinado contrato serão submetidos à jurisdição arbitral, a produção, ainda que antecipada, das provas subjacentes àquele conflito também estariam.

³⁷² *In* Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 108.

³⁷³ LESSA NETO, João Luiz. Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 108.

Entretanto, tal argumento não se sustenta diante da divisão, proposta por Flávio Luiz Yarshell³⁷⁴ e com a qual concordamos, entre “direito de provar” e “direito à prova”.

Sobre esse ponto, o “direito de provar” está intimamente ligado ao processo cujo objetivo principal é o accertamento do direito, a declaração do direito material³⁷⁵, ou seja, está ligado ao direito do devido processo legal e ao contraditório, entendido como direito de provar suas alegações. De outro lado,

no tocante ao direito à prova, parece lícito dar à ação suficiente amplitude para permitir que o interessado, sem propriamente invocar a declaração do direito material em dado caso concreto, se limite a postular a atuação estatal direcionada à busca, à obtenção a à produção de certa providência de instrução³⁷⁶.

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.

Outro dado relevante, e que demonstra a autonomia da produção antecipada da prova ante o processo cujo objeto é a declaração do direito material, é a regra prevista no §2º do art. 382 do CPC. Segundo tal dispositivo, na produção antecipada da prova o juiz “não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas”.

Assim, como diz Cândido Dinamarco,

o objeto desse processo ou incidente é apenas a pretensão ao conhecimento dos fatos a seres revelados pelo exame das fontes de prova. (...) Ele [o juiz] decidirá somente sobre a existência ou

³⁷⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência. São Paulo: Malheiros Editores, p. 312.

³⁷⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência. São Paulo: Malheiros Editores, p. 312.

³⁷⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da Prova sem o Requisito da Urgência. São Paulo: Malheiros Editores, p. 313.

inexistência do direito à antecipação e jamais sobre eventuais direitos emergentes dessas provas ou por ela demonstrados³⁷⁷.

Ou seja, inexistente a valoração do conjunto probatório nessa ação, o que demonstra, além da autonomia do direito à prova, a inexistência de qualquer prejuízo para o eventual e posterior julgamento da questão de direito material perante o juízo arbitral. Vale destacar, para reforçar a posição de inexistência de prejuízo para o eventual e posterior tribunal arbitral, que o árbitro, caso entenda necessário, pode repetir a produção da prova.

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.

4.2. Petição Inicial

Conforme defendemos neste trabalho, a ação de produção antecipada da prova tem natureza de demanda autônoma e caráter contencioso.

Por esse motivo, a petição inicial da produção antecipada da prova deve obedecer aos mesmos requisitos previstos para as petições iniciais do processo de

³⁷⁷ *In* Instituições de Direito Processual Civil, Vol. III. 7ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2017, p. 118.

conhecimento³⁷⁸, ou seja, deve obedecer à previsão do art. 319 do CPC/2015³⁷⁹, com exceção dos incisos VI e VII, os quais merecem uma análise à parte.

Em relação ao inciso VI, que estabelece que a parte deve indicar “as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados”, é preciso entender tal exigência no contexto da produção antecipada da prova.

Veja-se, nesse sentido, que não há como se exigir que a parte indique as provas que pretende produzir para provar o direito alegado *naquele processo*, pois o objetivo do próprio processo é o direito à prova.

Entretanto, pode ser preciso – ainda que em situações pouco corriqueiras – dilação probatória para que a parte demonstre seu direito autônomo à prova. O autor da produção antecipada da prova deve demonstrar a relação jurídica que o autoriza a produzir aquele determinado meio de prova, bem como apontar, ainda que em tese, como aquela prova requerida está relacionada com eventual direito material e tem o potencial de ser útil.

Assim, antes que o juiz determine a produção da prova requerida pelo autor, pode ser necessária a dilação probatória relacionada à existência de relação jurídica que justifique o direito autônomo à prova pleiteado pelo autor – nas situações em que não exista, ainda que de forma precária, prova pré-constituída.

Nessa hipótese, o autor deverá indicar quais provas pretende produzir para atestar a existência de seu direito autônomo à prova e não os meios de prova que poderão

³⁷⁸ “Qualquer abordagem dos requisitos da petição inicial deve ser precedida pela menção ao princípio da liberdade das formas, lembrando sempre que os atos processuais independem, como regra, de forma determinada (art. 188, caput, primeira parte, do CPC/2015). Logo, os requisitos e formalidades exigidos pela lei para a elaboração da petição inicial são exigências mínimas, sem as quais, em princípio, a peça não está apta a ser recebida” (ARRUDA ALVIM. Manual de Direito Processual Civil. 17ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 743).

³⁷⁹ No CPC/1973, a doutrina entendia da mesma forma, ressaltando apenas as especificidades do processo cautelar, pois naquele sistema a produção antecipada de prova tinha essa natureza jurídica. Nesse sentido, Christian Garcia Vieira sustentava que: “A inicial da ação cautelar de assegurar 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. Asseguração de Prova. São Paulo, Editora Saraiva, 2011, p. 122).

ser produzidos para atestar seu eventual direito material, uma vez que esses últimos compõem o próprio pedido da ação de produção antecipada da prova.

Quanto ao inciso VII do art. 319 do CPC, que estabelece que deve constar da petição inicial “a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação”, não cabe exigir a presença de tal requisito, pois a audiência de conciliação prévia não condiz com o direito tutelado nessa demanda – que é apenas e tão somente a produção de material probatório para que as partes possam, entre outras coisas, avaliar se é o caso de transacionar sobre o direito material.

Entretanto, em razão das peculiaridades do procedimento e do princípio da eficiência, apesar da audiência de conciliação e/ou mediação não fazer logicamente sentido no início do procedimento, há espaço para deslocar tal audiência para o final do procedimento – quando as partes já terão acesso aos meios de prova produzidos e estarão em momento oportuno para transacionar acerca do direito material subjacente.

Nesse cenário, se coloca interessante uma *alteração procedimental* por iniciativa do juiz, para que determine a realização de audiência de conciliação e/ou mediação ao final da demanda probatória.

Fora tais peculiaridades e ajustes procedimentais, a parte deve obedecer formalmente a todas as demais regras previstas do art. 319, indicando em sua petição inicial “I - o juízo a que é dirigida; II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu; III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - o pedido com as suas especificações; e V - o valor da causa”.

Entre esses requisitos, existem dois que merecem atenção especial, os incisos III e IV, que versam sobre a causa de pedir e o pedido.

Em relação à causa de pedir (inciso III), o autor deve demonstrar como, em tese, a prova de determinado fato pode ser relevante para comprovar a existência de

relação entre o fato que se pretende provar e a comprovação de seu eventual e hipotético direito material³⁸⁰.

Ou seja, o autor tem o dever de demonstrar – ainda que com menor nível de exigência do que haveria no próprio processo de conhecimento – a pertinência entre o fato que se pretende provar (ou investigar) e eventual direito material a ele relacionado. Em seguida, o autor deve, ainda, comprovar a pertinência entre o meio de prova que pretende utilizar e a efetiva prova daquele fato.

Nesse sentido, importante compreender que a *causa de pedir* na produção antecipada da prova abrange necessariamente a exposição de como o fato que se pretende provar está relacionado com o autor e como, ainda que em tese, a apuração desse fato pode interessar ao autor³⁸¹.

Sobre o tema, Flávio Luiz Yarshell³⁸² ensina que:

É certo que a necessidade da prova – não apenas da antecipação – depende da exposição de um substrato fático mínimo e coerente com a medida que se quer produzir. A prova, independentemente do momento em que produzida, tem por objeto fatos. Eventual deficiência na narrativa dos fatos que se quer investigar interfere com a antecipação porque, na verdade, prejudica a admissibilidade da prova.

³⁸⁰ Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco afirma que: “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” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, vol. III. 7ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016, p. 118).

³⁸¹ Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Mello afirmam que: “Embora o requerente não precise indicar a ação ‘principal’ que será proposta, pois é possível que nenhum processo venha a ser instaurado no futuro, deverá expor com precisão os fatos que pretende apurar, até para que o juiz possa impedir abusos e indeferir iniciativas inconsequentes. Mas essa exigência deve ser vista com algum temperamento, uma vez que não se pode desconsiderar o fato de que a ação está sendo proposta precisamente porque o interessado pretende se inteirar da exata dimensão dos fatos relacionados à determinada situação jurídica. Além de expor ao juiz qual fato que busca provar, cabe ao requerente esclarecer a utilidade da prova, ou seja, o vínculo que o liga àquele fato e que faz com que sua apuração lhe seja relevante (...)” (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: artigo por artigo. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 737).

³⁸² YARSHELL, Flávio Luiz. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.031.

No que diz respeito ao pedido, o que se exige, tal como em qualquer outra espécie de demanda, é que ele seja certo e determinado, cumprindo assim as determinações dos artigos 322³⁸³ e 324³⁸⁴ do CPC.

Vale dizer ainda que, como se sabe, há o pedido imediato e o pedido mediato³⁸⁵. Segundo Arruda Alvim,

o pedido imediato (tipo de providência jurisdicional solicitada, isto é, declaração, constituição/desconstituição ou condenação do réu que, nesta medida, determina a natureza da ação) é aquele que, desde logo, diretamente se deseja; é o pedido dirigido ao Poder Judiciário, no sentido de que outorgue a tutela jurisdicional especificamente solicitada. Já o chamado *pedido mediato* representa o bem jurídico material (bem da vida) subjacente ao pedido imediato. O pedido mediato, portanto, representa o que o autor deseja e o imediato “como” o autor deseja³⁸⁶.

Desse modo, em relação à produção antecipada da prova, em primeiro lugar é preciso que o autor indique qual fato (ou quais fatos) ele pretende provar, pois, segundo ensina Michele Taruffo³⁸⁷:

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 proceso³⁸⁸.

Ou seja, o pedido a ser formulado na produção antecipada da prova é o de provar determinado fato, o qual poderá ser amplamente investigado no curso do processo, sendo ele (o fato) o objeto do processo.

³⁸³ Art. 322. O pedido deve ser certo.

³⁸⁴ Art. 324. O pedido deve ser determinado.

³⁸⁵ “O pedido constitui o objeto da ação, aquilo que se pretende obter com a prestação da tutela jurisdicional reclamada. Distingue-se o pedido imediato do pedido mediato. Isto porque, na inicial, o autor reclama determinado tipo de tutela jurisdicional (pedido imediato) com vistas à obtenção de um bem da vida, que afirma lhe estar assegurado pelo direito (pedido mediato)” (PASSOS, Calmon de. Comentários ao código de processo civil. Vol. VIII. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 171).

³⁸⁶ *In* Manual de Direito Processual Civil. 17ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 743.

³⁸⁷ *in* La Prueba de los Hechos. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p. 89.

³⁸⁸ “A noção usual de prova de que partimos se baseia na ideia de que a prova tem como função estabelecer a verdade de um ou mais fatos relevantes para a decisão sobre determinado conflito. Esta ideia pode ser expressada de diferentes maneiras, mas um dado comum e recorrente nas diferentes culturas jurídicas é o de que o fato é o ‘objeto’ da prova ou seu propósito fundamental, no sentido de que é ele que será “provado” [ou comprovado] no curso do processo.” (tradução livre do autor)

Assim, por exemplo, em se tratando de um conflito que verse sobre acidente de trânsito, o autor da ação de produção antecipada formulará pedido no sentido de produzir provas relacionadas ao acidente, especificamente para apurar *quem* deu causa ao acidente. Tal indicação está relacionada ao pedido mediado, pois o que o autor pretende é ter resguardado seu direito autônomo à prova daquele determinado fato.

Por outro lado, o pedido imediato está relacionado à forma como determinado fato será provado, de modo que o autor deverá indicar quais *meios de prova* ele entende serem necessários para comprovar (ou investigar) o fato que se pretende provar.

Nesse sentido, Eduardo Talamini afirma que: “o pedido deve indicar claramente o(s) meio(s) de prova pretendido(s) e o objeto sobre o qual ele recairá”³⁸⁹.

Vale destacar que essa segunda parte do pedido – diferente do que ocorre normalmente –, poderá ser alterada posteriormente, quando o meio de prova indicado inicialmente não se mostrar apto (ou suficiente) para comprovar o fato que com ele se pretendia provar.

Essa permissão está relacionada com a flexibilidade do processo de produção antecipada da prova, que possibilita, inclusive, ao próprio juiz realizar atividades probatórias. Portanto, o *meio* de prova poderá ser alterado para que a parte alcance o resultado útil pretendido, que nesse caso será a prova do fato.

Feitas essas considerações, para concluir, basta dizer que a falta de um dos requisitos do art. 319 do CPC enseja que o juiz determine emenda, nos termos do art. 321³⁹⁰ do CPC, sendo vedada a extinção do processo antes de oportunizar à parte momento para realizar a emenda.

³⁸⁹ *In* Comentários ao novo Código de Processo Civil. Antônio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 595.

³⁹⁰ 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.

4.3. A Tutela Provisória na Produção Antecipada da Prova.

4.3.1. A Tutela Provisória de Urgência.

Na vigência do CPC/2015, não há mais razão para se falar em duas modalidades de produção antecipada da prova: com e sem urgência.

Isso porque, diante da positivação do Direito Autônomo à Prova, não faz sentido defender a existência de um procedimento (específico e diverso) que exige a existência de urgência para autorizar a produção da prova, quando a lei autoriza – sem qualquer restrição – a produção antecipada da prova, independentemente de urgência.

Portanto, o inciso I do art. 381 do CPC, que diz que será autorizada a produção antecipada da prova quando “haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação”, não significa a existência de uma modalidade de produção antecipada da prova específica.

Existem duas razões que justificam a presença desse dispositivo. A primeira é histórica, pois, como se sabe, na vigência do CPC/1973 só havia a possibilidade de antecipar a produção na prova quando houvesse urgência (risco de perecimento da prova), em função tipicamente cautelar, de modo que a retirada dessa hipótese do código poderia parecer muito abrupta e gerar a falsa ideia de que o CPC/2015 expurgou a possibilidade de produção antecipada da prova com o objetivo de evitar seu perecimento.

A segunda razão que justifica a presença desse dispositivo (inciso I do art. 381 do CPC) é deixar claro que o CPC/2015 não colocou de lado tal problema, sendo certo, no entanto, que sua resolução deve se adequar à nova feição do instituto – que tem natureza jurídica de demanda e é de jurisdição contenciosa.

Nesse sentido, em se tratando de um processo autônomo, cujo objetivo é tutelar um direito material autônomo, qual seja, o direito autônomo à prova, o modo próprio para se tutelarem questões de urgência é a aplicação do regramento de tutela provisória – previsto nos artigos 294 a 311 do CPC/2015.

Ou seja, a segunda razão que justifica a presença do dispositivo é deixar claro e de forma expressa ser cabível a tutela provisória no procedimento de produção antecipada da prova.

Assim, não há razão para sustentar que existe um procedimento (ou uma modalidade) específico para a produção antecipada da prova, quando há urgência na produção de determinado *meio de prova*; basta que o autor da medida utilize as *ferramentas* típicas da tutela provisória.

Nesse sentido, diante da existência de um direito autônomo à prova – que portanto pode, ou não, estar relacionado com um processo futuro –, é importante dizer que, diferente do que ocorria na vigência do CPC/1973, a urgência tutelável quanto à prova não é apenas aquela relacionada ao perecimento da prova, mas também a relacionada à urgência na obtenção da prova.

Trata-se de espécies diferentes de risco, mas ambos tuteláveis por meio da concessão de tutela provisória em ação de produção antecipada da prova: o perigo da infrutuosidade (ou seja, do perecimento da prova) e o perigo da tardança (ou seja, da própria demora em produzir a prova).

Piero Calamandrei, em seu clássico “*Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*”³⁹¹, traz importante exemplo para diferenciar as duas modalidades de perigo:

*La diferencia entre estos dos tipos de peligro, a los que corresponden, como hemos indicado, diversos tipos de providencias cautelares, resulta evidente de un ejemplo práctico. Si el titular de un crédito, que no se siente en modo alguno perjudicado por el hecho de haber de esperar largo tiempo la satisfacción de su crédito, teme que durante la espera su deudor se deshaga de todas sus sustancias mobiliarias, en forma que haga prácticamente van a la ejecución forzada que pueda intentarse contra él dentro de algún tiempo, buscará auxilio contra este peligro, en el secuestro conservativo. Pero si el acreedor, por particulares razones de necesidad (porque, supongamos, ha quedado reducido a la miseria y encuentra en el cobro de su crédito la única esperanza de sostenimiento), teme el daño acaso irreparable que derivaría del hecho de deber esperar por largo tiempo la satisfacción de su derecho, no lo protegerán contra este peligro las medidas cautelares que únicamente estén dirigidas a tener en reserva para él día de la ejecución forzada los bienes del deudor, necesitando, en cuanto el derecho positivo las prevea, medidas cautelares aptas para acelerar la ejecución forzada*³⁹².

³⁹¹ CALMANDREI, Piero. *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945, p. 73.

³⁹² “A diferença entre estes dois tipos de perigo, à qual correspondem, como indicamos, vários tipos de medidas cautelares, se mostra evidente a partir de um exemplo prático. Se o titular de um empréstimo, que não se sente de forma alguma prejudicado pelo fato de ter de esperar transcurso normal do processo para satisfazer seu crédito, tem o receio de que enquanto aguarda o devedor irá dissipar seu patrimônio, dispendo

Nesse sentido, ambas as espécies de perigo também podem estar presentes quando se objetiva a produção de determinada prova.

Em relação ao perigo de infrutuosidade, podemos nos valer do exemplo clássico da testemunha doente³⁹³ (o que impediria sua oitiva em momento futuro, justificando a concessão de tutela cautelar de urgência para a produção da prova) ou do prédio que se encontra em risco de desabamento (o que impediria eventual perícia construtiva em momento futuro).

De outro lado, em relação ao perigo de tardança, podemos citar como exemplo a situação em que determinada parte precisa acessar determinado documento antes de uma reunião de sócios, porém, tal documento se encontra na posse de outra pessoa que se recusa a entregá-lo.

Assim, havendo urgência – independentemente de qual modalidade –, caberá ao autor da produção antecipada da prova comprovar o preenchimento dos requisitos do artigo 300 do CPC/2015, quais sejam “a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”, para justificar a obtenção de decisão liminar para produzir determinado *meio* de prova.

Nessas situações, o autor deverá demonstrar a probabilidade de seu direito autônomo à prova daquele determinado fato, bem como a pertinência entre o *meio de prova* que pretende produzir em caráter de urgência e o fato que pretende atestar.

de todos seus imóveis, de modo a tornar inócua a futura execução forçada contra ele no futuro, ele buscará evitar esse perigo requerendo ao juiz o arresto dos bens do devedor. Mas se, por outro lado, o credor, por razões específicas de necessidade (porque, por exemplo, foi reduzido a miséria e encontra na recuperação da sua dívida a única esperança para seu soerguimento), tenha receio de um dano irreparável que resultaria do fato de ter que esperar por muito tempo para satisfazer seu direito, ele não irá se proteger contra este perigo com medidas de precaução, as quais são destinadas apenas para garantir futura execução forçada, precisando, como o direito positivo prevê, de medidas voltadas a acelerar a execução forçada.” (tradução livre do autor).

³⁹³ Valendo-se desse exemplo, Juan Montero Aroca afirma que: “*quien pretenda incoar un proceso declarativo puede pedir la práctica anticipada de algún acto de prueba, cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas (por ejemplo, enfermedad o edad avanzada del testigo) o por el estado de las cosas (por ejemplo, la imposibilidad física, jurídica o económica de mantener el estado de un inmueble que amenaza con desplomarse), dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal previsto de modo general*” (AROCA, Juan Montero. La prueba en el proceso civil. 3ª Ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2002, p. 156).

O autor deverá, ainda, demonstrar o risco de perecimento da prova – de modo a justificar a produção daquele determinado *meio de prova* em caráter de urgência e, a depender dela, inclusive antes da oitiva da parte contrária.

A natureza dessa tutela provisória de urgência será de tutela cautelar quando o perigo relacionado àquele meio de prova for o perigo de infrutuosidade, ou seja, quando houver risco de perecimento da prova.

Nesse sentido, a depender do momento da percepção da urgência e da gravidade da urgência, o autor da produção antecipada da prova poderá requerer a obtenção da tutela cautelar de forma antecedente, valendo-se para isso das disposições previstas nos arts. 305 a 310 do CPC. Poderá ainda requerer a medida em caráter incidental, no bojo da petição inicial da ação de produção antecipada da prova, ou em petição simples no curso da demanda probatória.

De outro lado, quando o perigo relacionado à produção daquele meio de prova for o de tardança (ou seja, quando houver urgência na obtenção daquele meio de prova), a natureza da tutela provisória será de tutela antecipada, pois, ao compreender o direito à prova como um direito autônomo, a produção daquele *meio de prova* específico que se encontra em risco de perecer nada mais é do que a antecipação de parte do pedido final, que será de provar determinado fato (e não de produzir determinado meio, esse objeto da tutela provisória).

Assim, havendo urgência na produção de determinado meio de prova, o autor da medida poderá optar por requerer a tutela antecipada em caráter antecedente, valendo-se dos artigos 303 e 304 do CPC, ou poderá elaborar sua petição inicial completa, requerendo a tutela provisória em caráter incidental.

Em ambos os casos, seja quando houver perigo de infrutuosidade, seja quando houver perigo de tardança, os requisitos dos artigos 319 e 320 deverão ser cumpridos, ressalvadas as considerações e ajustes afeitos ao procedimento.

Com essa previsão, protege-se a tutela de eventual urgência na produção de determinado meio de prova que se encontre em risco de perecimento, ou quando houver urgência em sua obtenção, sem que seja preciso defender a existência de uma modalidade diversa de produção antecipada da prova.

Nesse sentido, utilizar a sistemática de tutela provisória, além de fazer mais sentido da perspectiva da produção antecipada da prova, é mais condizente com o sistema introduzido pelo código – de atipicidade das medidas de urgência –, dialogando melhor com as disposições de todo o sistema processual.

É preciso compreender, entretanto, que a tutela provisória – seja em caráter antecedente, seja em caráter incidental ou em caráter cautelar ou de tutela antecipada – tem como objeto apenas e tão somente determinado meio de prova, e não a prova do fato, que é o pedido final. Isso porque somente a produção de determinado meio de prova pode ser urgente ou estar em risco de perecimento, não a prova do próprio fato.

Não há que se ignorar, todavia, que haverá situações de correspondência completa entre o meio de prova e a prova do fato – especificamente quando determinado fato, por uma questão lógica, só puder ser comprovado por determinado meio de prova.

Essa constatação permite adentrar a questão interessante: a possibilidade de estabilizar a tutela antecipada concedida em caráter antecedente para determinar a produção de determinado meio de prova.

A técnica de estabilização da tutela antecipada antecedente é novidade introduzida pelo legislador no CPC/2015 e tem como objetivo evitar a continuidade de processos em que ambas as partes se encontram satisfeitas com a concessão da decisão liminar.

Nesse sentido, José Roberto dos Santos Bedaque³⁹⁴ afirma que

a técnica da estabilização destina-se a evitar o prosseguimento do processo, na hipótese em que o comportamento de ambas as partes revelar concordância com o resultado até então provisório. Nesse caso, ele transforma-se em definitivo, ao menos em relação àquele processo.

Se de um lado apenas um determinado meio de prova (por exemplo, exibição de determinado documento) for suficiente para esclarecer o fato que a parte autora pretende investigar e, de outro, a parte requerida não se opuser à produção dessa prova

³⁹⁴ *In* Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 1. (arts. 1º a 317). Cássio Scarpinella Bueno (Coord.). São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 944.

(por exemplo, entregando o documento cuja exibição foi requerida pela outra parte), não há porque haver o prosseguimento da demanda probatória.

Assim, nessas hipóteses, a estabilização da tutela antecipada é mecanismo útil e próprio para evitar o prolongamento da demanda probatória, de modo que entendemos viável sua aplicação, quando houver o pedido de tutela provisória antecipada de urgência em caráter antecedente.

Caso o autor da demanda prefira e a urgência na obtenção ou preservação da prova permita, ele poderá optar por requerer a tutela provisória para produzir a prova de forma incidental na própria petição inicial ou, caso a urgência seja superveniente, por simples petição nos próprios autos.

Nessas hipóteses, ao elaborar sua petição inicial ou sua petição requerendo a concessão da medida, o autor deverá dedicar um capítulo (ou ao menos alguns parágrafos) para expor os motivos pelos quais há urgência na produção daquele determinado meio de prova, demonstrando, também, a probabilidade de seu direito àquela prova. Ou seja, deverá demonstrar o preenchimento dos requisitos do art. 300 do CPC.

Nesses casos, se deferida a medida de urgência, aquele determinado meio de prova será produzido – assegurado –, de modo a evitar seu perecimento e permitir sua utilização para investigar o fato, podendo, se o caso, ser utilizado para instruir eventual e futura demanda.

Realizada essa produção, a demanda probatória prosseguirá para produzir outros meios de prova que sejam úteis no sentido de comprovar ou investigar os fatos indicados pelo autor e, caso haja requerimento nesse sentido, comprovar os fatos que o requerido pretenda.

É nas hipóteses em que houver urgência na asseguarção de determinada prova que a produção antecipada da prova do CPC/2015 será mais semelhante às medidas cautelares de asseguarção da prova existentes do CPC/1973.

De todo modo, importante frisar que, tal como ocorria no CPC/1973 e tal como ocorre em relação às hipóteses em que não há urgência na produção da prova, a

parte autora não tem o ônus de indicar qual será (e se haverá) a lide em que aquela prova será utilizada.

Isso porque, em primeiro lugar, a produção antecipada da prova – independentemente se há ou não urgência –, no perfil que lhe foi atribuído no CPC/2015, tem como um de seus objetivos justamente evitar o ajuizamento de ação, nos termos do inciso III do art. 381 CPC/2015.

E, mesmo que assim não fosse, desde a vigência do CPC/1973, o entendimento consolidado era o de que tal indicação era desnecessária e não poderia justificar o indeferimento do pedido de assecuração da prova.

Tal entendimento decorria da constatação de que a demanda (naquela época cautelar) tinha nítido caráter preventivo, sendo inviável exigir ou sequer esperar que a demanda que versasse sobre o direito material fosse ajuizada rapidamente. E, não bastasse isso, o entendimento se fundava na possibilidade de qualquer pessoa, inclusive aquela que poderia ser réu na eventual demanda “principal”, ajuizasse a Ação de Produção Antecipada de Provas, de modo que não haveria como exigir a indicação de qual seria eventual lide “principal”³⁹⁵.

4.3.2. A Tutela da Evidência na Produção Antecipada da Prova.

O art. 311 do CPC/2015 trata da chamada tutela provisória da evidência, a qual consiste, basicamente, em tutela antecipada cuja concessão dispensa o requisito da urgência, quando presentes determinados e específicos requisitos, todos tratados nos incisos I a IV do referido artigo.

As quatro as hipóteses trazidas pelo dispositivo para a concessão da tutela da evidência ocorrem quando: “I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa

³⁹⁵ “Por essa razão, o caráter meramente preventivo – situação em que não é possível presumir que a ação principal será proposta em um curto espaço de tempo – poderá configurar sério obstáculo para que a parte indique com precisão a lide e seus fundamentos. Por esse motivo, como foi adotado o entendimento de que todas as ações cautelares de assecuração de prova apresentam natureza jurisdicional e não voluntária, haveria, em tese, descumprimento do inc. III do art. 801. Levando-se em consideração que o ajuizamento poderá ser feito pelo autor, réu ou terceiro em relação à ação satisfativa, e que a cautelar poderá apresentar caráter preventivo e não preparatório, a análise de preenchimento desse requisito não deve ser severa a ponto de inviabilizar a assecuração, uma vez que em muitos casos essa indicação pode ser de acentuada dificuldade” (VIEIRA, Christian Garcia. Assecuração de Prova. São Paulo, Editora Saraiva, 2011, p. 12).

ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; 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”.

Trata-se de situações onde o legislador presume que determinada parte tem mais probabilidade de êxito na demanda, devendo a parte contrária arcar com os chamados ônus dromológicos – que são aqueles relacionados à demora “natural” do processo.

Nesse sentido, como já tive a oportunidade de sustentar³⁹⁶, a principal função da tutela da evidência é a distribuição dinâmica dos ônus do tempo entre autor e réu, de modo que aquele que detiver menor probabilidade de vitória no processo deve suportar o ônus do tempo no processo.

Viabilizar essa distribuição de forma segura e de acordo com o devido processo legal é a justificativa para a existência dessa modalidade de tutela da evidência no sistema. Segundo afirma Bruno Bodart,

o processo não deve constituir mecanismo de punição àquele que é titular de um direito. Procrastinar a tutela jurisdicional da legítima pretensão de uma parte constitui grave injustiça, somente superada em intensidade pela negativa de tutela. As consequências da morosidade no gozo de uma posição jurídica de vantagem podem ser consideradas desastrosas no âmbito econômico-social. Saber que um direito demorará a ser satisfeito, se o devedor vier a resistir, constitui fator de desestímulo à sua aquisição. Em uma escala ampliada, não é exagero cogitar da diminuição dos investimentos, da redução do crédito disponível, da desaceleração da economia e de tantos outros indesejáveis derivados³⁹⁷.

³⁹⁶ ARSUFFI, Arthur Ferrari. CONSIDERAÇÕES SOBRE O INCISO II DO ART. 311 DO CPC/2015: Perspectivas probatória e do uso dos precedentes. Revista de Processo, vol. 282/2018, p. 201-227, ago. 2018.

³⁹⁷ BODART, Bruno V. da Rós. *Tutela de evidência – teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o Novo CPC*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 69.

Assim, tendo a produção antecipada da prova natureza de demanda autônoma, é possível aplicar a tutela da evidência para antecipar a produção da prova da parte (autor ou réu) que se enquadrar em alguma das hipóteses do art. 311 do CPC.

Nesse sentido, à exceção do inciso III do referido artigo, todas as demais modalidades de tutela da evidência (previstas nos incisos I, II e IV do art. 311 do CPC/2015) podem ser aplicadas na ação de produção antecipada da prova.

Valem, no entanto, algumas considerações de cunho prático.

Os incisos I e IV dizem que será concedida a tutela da evidência quando: “I. ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; 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”. Importante destacar que, a despeito do que dispõe a *literalidade* do §4º do art. 382 do CPC³⁹⁸, entendemos ser viável a apresentação de defesa, a qual, no entanto, poderá versar exclusivamente acerca do direito à prova – sendo vedada a discussão acerca das consequências materiais da prova e sobre sua própria valoração.

Sobre esse dispositivo, Flávio Luiz Yarshell³⁹⁹ afirma 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.

Assim, sendo possível que o réu apresente defesa, é da mesma forma possível que ele abuse desse direito de defesa, situação em que poderá o juiz conceder a tutela da evidência com base no inciso I do art. 311 do CPC.

³⁹⁸ §4º Neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário.

³⁹⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. Breves comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1031.

E, no mesmo sentido, é possível que o réu não oponha prova capaz de infirmar o fato constitutivo ao direito do autor (direito autônomo à prova), sendo viável conceder tutela da evidência com base no inciso IV do art. 311 do CPC.

Em relação ao inciso II do referido artigo (que diz que será concedida a tutela da evidência quando “*as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante*”), importante destacar que, em relação à produção antecipada da prova, a frase “*alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente*” diz respeito exclusivamente ao direito autônomo à prova e não à relação de direito material.

De outro lado, uma questão relacionada exclusivamente ao direito à prova pode ser decidida em julgamento de casos repetitivos, como, por exemplo, o direito de o consumidor ter acesso a documentos bancários, questão que é pacífica na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁴⁰⁰ e poderia, sem sombra de dúvida, ter sido objeto de julgamento em sede de recurso especial repetitivo – o que ensejaria a aplicação do dispositivo em comento.

Por fim, importante considerar que, nos termos do inciso II do parágrafo único do art. 9º⁴⁰¹ e do parágrafo único do art. 311⁴⁰², na hipótese do inciso II, o juiz poderá inclusive decidir liminarmente – sendo dispensável a oitiva da parte contrária antes da concessão da tutela provisória de evidência.

⁴⁰⁰ Esse tema é objeto do Informativo de Jurisprudência n. 119/2001, o qual tem o seguinte conteúdo: “Os autores ajuizaram cautelar de exibição de documentos, objetivando compelir o Banco do Brasil S/A a exibir em juízo todos os extratos de suas contas-correntes, bem como as contas gráficas dos empréstimos agrícolas efetuados, uma vez que pedido idêntico fora negado administrativamente. O banco, afirmando que os originais foram incinerados e que para localizá-los haveria custos de localização e reprodução dos documentos armazenados em microfimes, apelou, solicitando dos autores o pagamento da operação para atender o comando jurisdicional. O Tribunal a quo desproveu o apelo por considerar indevida a exigência. A Turma não conheceu do recurso, afirmando que o dever de informar constitui direito fundamental do consumidor e um dos arrimos do sistema de proteção erigido em seu favor, além de obrigação decorrente de lei, de integração contratual compulsória. Por isso não pode ser um direito restringido pelo ônus desarrazoado de pagamento ou objeto de recurso em razão do princípio da boa-fé objetiva. *Outrossim a circunstância de os documentos estarem semanalmente à disposição dos clientes não desonera a instituição financeira da obrigação de exibi-los a qualquer tempo quando pleiteada* (REsp 330.261-SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 6/12/2001)”.

⁴⁰¹ 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:

(...)

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III.

⁴⁰² Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Feitas tais considerações, plenamente aplicável a concessão de tutela provisória da evidência, fundada nos incisos I, II e IV do art. 311, na ação de produção antecipada da prova.

4.4. Valor da causa

Nos termos do art. 291 do CPC, “a toda causa será atribuído valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediatamente aferível”, e nos termos do art. 292 do mesmo diploma, tal valor deve ser indicado na petição inicial, compondo um de seus requisitos essenciais.

Nesse sentido, o valor da causa está diretamente relacionado com “a expressão econômica da relação jurídica material que o autor quer opor ao réu”⁴⁰³.

Ocorre que, na ação de produção antecipada da prova, não há nenhum interesse econômico diretamente perseguido, e tampouco o direito material invocado pelo autor (direito autônomo à prova) tem conteúdo econômico aferível. Assim, tal como acontecia nas cautelares probatórias na vigência do CPC/1973⁴⁰⁴, é extremamente difícil atribuir um valor às ações probatórias autônomas.

Poder-se-ia cogitar que a fixação do valor da causa nessa espécie de demanda deveria estar vinculada ao proveito econômico a ser discutido em eventual demanda que verse sobre o acerto do direito material existente entre as partes.

Porém, por diversas razões, essa solução não se mostra acertada. Em primeiro lugar, é preciso considerar que a feição atribuída à produção antecipada da prova no CPC/2015 desvincula completamente a produção antecipada da prova da demanda em que se discuta o acerto de direito.

⁴⁰³ THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, vol. I. 58ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 608.

⁴⁰⁴ “O critério comum para se fixar o valor da causa corresponde ao valor econômico perseguido na ação. Como a demanda cautelar de asseguarção da prova não busca nenhum objetivo econômico direto, nem poderia fazê-lo, pelos limites impostos ao procedimento, torna-se difícil quantificar o pretendido acautelamento da prova” (VIEIRA, Christian Garcia. Asseguarção de Prova. São Paulo, Editora Saraiva, 2011, p. 166).

Nesse sentido, há previsão expressa no sentido de que a produção da prova pode ter como objetivo justamente *evitar* o ajuizamento da demanda “principal”.

Ou seja, sequer é possível afirmar que a prova produzida antecipadamente será utilizada em demanda futura e, mesmo que a existência de demanda futura fosse certa, não haveria como estimar qual seria a relevância dessa prova⁴⁰⁵. Assim, descabido vincular o valor da causa da produção antecipada da prova ao valor da causa de futura e eventual demanda principal.

Feita essa ressalva, parece que o melhor critério para fixar o valor da causa na ação de produção antecipada da prova é vinculá-lo ao custo para a produção dos meios de prova requeridos pelo autor.

Essa solução havia sido apresentada por Cristhian Garcia Vieira na vigência do CPC/1973⁴⁰⁶ e, a nosso ver, parece ser a mais acertada, pois *i)* dada a autonomia da demanda probatória seria ilógico vinculá-la à demanda em que se discuta outra questão; e *ii)* o custo da prova consiste justamente no conteúdo patrimonial em discussão, um critério melhor do que atribuir valor aleatório “apenas para fins fiscais”.

4.5. Citação

Nos termos do artigo 238 do CPC/2015, a “citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual”.

405 “Como a prova assegurada não chegou a ser aceita na ação principal, e muito menos é possível avaliar a extensão e os pedidos deduzidos pela parte que irá promover a ação principal, o juízo entre o valor da causa e o benefício que ela trará poderá ficar prejudicado. Acrescente-se, ainda, que o magistrado estará impedido de exercer qualquer exercício cognitivo sobre a prova, nem mesmo para avaliar a extensão, a sua relação com o suposto objeto da ação principal e qual o benefício econômico que a prova assegurada poderia trazer ao autor, tendo em vista a possibilidade de a prova nem sequer ser admitida futuramente. Ainda, afigura-se difícil predizer se a prova acautelada representará o único elemento sobre o qual será deduzida a ação satisfativa” (VIEIRA, Christian Garcia. Asseguração de Prova. São Paulo, Editora Saraiva, 2011, p. 167/168).

406 “O valor da causa deve ter correspondência com a quantia necessária para assegurar a prova, o que, em caso de prova pericial, pode ser mais facilmente aferível. Por outro lado, a proteção cautelar da prova testemunhal, por não apresentar aspecto econômico direto, bem como pelo seu reduzido custo na colheita, poderá ter o valor da causa fixado de forma mínima, para meros efeitos de alçada” (VIEIRA, Christian Garcia. Asseguração de Prova. São Paulo, Editora Saraiva, 2011, p. 167/168).

Trata-se de ato indispensável para formar a relação jurídico-processual, sendo o meio próprio pelo qual o réu, o executado e o interessado são chamados a integrar a lide.

É inegável, portanto, a importância da citação no sistema processual, pois é por meio dela que o exercício do contraditório e da ampla defesa se tornam possíveis. Diante da importância desses princípios, que compõem o núcleo do *devido processo legal*, há nulidade grave e insanável em qualquer processo onde não ocorra citação válida⁴⁰⁷.

Vale destacar que não basta existir citação, é preciso existir *citação válida*, a qual pressupõe que, além de ter sido enviada a comunicação, a pessoa chamada a integrar o processo a receba.

Nesse sentido, André de Luiz Correia⁴⁰⁸ afirma que a citação é

ato unitário, mas complexo. Apesar de compreender dois elementos (daí ser complexa): oferta do libelo, que muitos chamam de comunicação do pedido à outra parte em todos os seus termos, e também o chamamento do réu a se defender – que, para a doutrina italiana, são elementos distintos –, que só se aperfeiçoa mediante a integração desses dois elementos (daí ser ato unitário).

Na doutrina, de forma acertada, Teresa Arruda Alvim leciona que a sentença proferida sem que tenha havido *citação válida* é sentença inexistente, passível de ser desconstituída a qualquer tempo e sem maiores formalidades⁴⁰⁹.

A lei estabelece cinco formas de realizar a citação. Nos termos do art. 246 do CPC/2015, a citação poderá ser feita: “I - pelo correio; II - por oficial de justiça;

⁴⁰⁷ “Tão importante é a citação, como elemento instaurador do indispensável contraditório no processo, que sem ela todo o procedimento se contamina de irreparável nulidade, que impede a sentença de fazer coisa julgada. Em qualquer época, independentemente de ação rescisória, será lícito ao réu arguir a nulidade de semelhante decisória (arts. 525, §1º, I, e 535, I)” (THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol., I. 58ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 556).

⁴⁰⁸ CORREIA, André de Luiz. A citação no direito processual civil brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 35/36.

⁴⁰⁹ “A citação, como já se viu anteriormente, figura entre os pressupostos processuais de existência. (...). Assim, uma sentença proferida em processo em que tenha havido citação viciada e em que o réu tenha sido revel é inexistente, porque o terá sido também o processo. Neste caso, portanto, estar-se-á diante de sentença que não tem aptidão para produzir coisa julgada, não sendo, sob um ponto de vista rigorosamente técnico, rescindível. (...). Seria caso para ação declaratória de inexistência jurídica” (ARRUDA ALVIM, Teresa. , p. 294/295).

III - pelo escrivão ou chefe de secretaria, se o citando comparecer em cartório; IV - por edital; V - por meio eletrônico, conforme regulado em lei”.

Entre esses meios, a citação por correio é a regra, devendo ser prestigiada por se mostrar mais célere e eficiente na maioria dos casos⁴¹⁰. Os demais meios de citação dependem do preenchimento de requisitos específicos, os quais, *a priori*, não se encontram presentes na produção antecipada da prova.

Assim, em regra o meio próprio para a citação do réu na ação de produção antecipada de provas será por carta, salvo quando o tribunal no qual transcorra a demanda esteja devidamente habilitado para realizar citação eletrônica, hipótese em que esta terá preferência.

Feitos esses esclarecimentos, faz-se necessário tratar das hipóteses em que a produção antecipada da prova poderá ter reflexos na esfera jurídica de determinado grupo de pessoas (quando recair sobre fato que envolva direitos individuais homogêneos), de determinada coletividade (quando recair sobre fato que envolva direitos coletivos) ou de todas as pessoas (quando recair sobre fato que envolva direito difuso).

Nessas situações, será necessário adotar medidas que possibilitem dar ciência do processo a terceiros, os quais poderão ingressar no processo com o objetivo de acompanhar a produção da prova.

Imagine-se, por exemplo, uma ação de produção antecipada da prova em que se objetive produzir prova sobre fato que poderá ensejar o ajuizamento de ação de nulidade de patente.

Essa espécie de demanda, que à luz do artigo 56 da Lei de Propriedade Industrial pode ser ajuizada por “qualquer pessoa com legítimo interesse”, no caso de declaração de nulidade da patente terá efeitos *erga omnes* e *ex tunc*⁴¹¹, o que denota serem

410 “A citação por correio é a regra geral a ser observada no processo civil. As demais são exceções e dependem de certos requisitos expressamente preconizados pelo Código. A citação por meio eletrônico depende de achar-se o tribunal aparelhado para utilizar a informática como técnica de transmissão de dados” (THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol., I. 58ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 561).

411 “Em se tratando, pois, de um direito real, a eficácia de sentença que decretar a nulidade da patente será *ex tunc*, e produzirá efeitos *erga omnes*” (IDS – Instituto Dannemann Siemsen de Estudos de Propriedade

inúmeros os possíveis interessados na produção dessa prova, além do Instituto Nacional da Propriedade Industrial (Inpi), que intervirá obrigatoriamente na demanda.

Assim, devem ser adotados todos os meios para que possíveis interessados na prova possam participar do processo.

Para tanto, em casos como o do exemplo acima e em quaisquer outros em que o número de interessados seja grande (por exemplo, ação de produção antecipada da prova que envolva dano ambiental ou vício em determinado medicamento), é preciso que se adote uma postura proativa para dar ciência a todos os interessados.

O CPC/2015 possui interessante previsão no capítulo das Ações Possessórias, que poderá ser utilizado como referência nessas situações. Trata-se dos parágrafos 1º, 2º e 3º do art. 554, que examina a ação possessória quando há grande número de ocupantes (ação possessória coletiva).

Tais dispositivos trazem importante parâmetro normativo sobre o tema, prevendo que deve haver a citação postal daqueles que for possível identificar, a citação por edital de todos os demais e o emprego de meios atípicos para dar publicidade à existência da ação, como “anúncios em jornal ou rádio locais, da publicação de cartazes na região do conflito e de outros meios”.

No âmbito da produção antecipada da prova, é de se destacar que há, inclusive, previsão expressa no sentido de o juiz poder determinar a citação de interessados na produção da prova de ofício (CPC/2015, artigo 382, §1º), o que reforça a necessidade de citar todos os possíveis interessados na prova.

4.5.1. Efeitos materiais da citação na produção antecipada da prova

Questão interessante que se coloca é saber se a citação da ação de produção antecipada da prova interrompe a prescrição para a futura e eventual demanda que verse sobre o accertamento do direito.

Intellectual. Comentários à lei da propriedade industrial. Edição Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 122).

Na vigência do CPC/1939, a posição que prevaleceu foi a de que não haveria a interrupção da prescrição nessas hipóteses, e o próprio Supremo Tribunal Federal expediu súmula nesse sentido. Trata-se da Súmula n. 154/STF, cujo enunciado diz que: “simples vistoria não interrompe a prescrição”⁴¹².

Na vigência do CPC/1973, houve uma alteração de entendimento, tendo-se consolidado tanto na doutrina⁴¹³ quanto na jurisprudência⁴¹⁴ que, nos casos em que a ação *cautelar de produção antecipada de provas* for ajuizada em caráter antecedente, a prescrição seria interrompida⁴¹⁵.

Esse entendimento foi muito bem representando em voto de lavra do ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, no Recurso Especial n. 202.564/RJ, datado de 2 de agosto de 2001, onde ficou consignado que, “na sistemática do Código de Processo Civil de 1973, a cautelar de antecipação de prova interrompe a prescrição quando se tratar de medida preparatória de outra ação, tornando inaplicável, nesses casos, o verbete sumular n° 154/STF, editado sob a égide do CPC/1939”.

412 Mesmo durante a vigência do CPC/1939, parte da doutrina já entendia que a ação de produção antecipada de provas interrompia a prescrição. Nesse sentido, Luiz F. Carpenter dizia que: “Quanto aos processos preparatórios e preventivos, uma de duas: ou eles têm ligação tão íntima com a demanda principal, a tal ponto que devem ser reputados como início dela, e então interrompem a prescrição, ou não têm com ela essa íntima ligação” (CARPENTER, Luiz F.. Da prescrição. Vol. I. Editora Nacional de Direito, 1958, p.366).

413 Nesse sentido, Christian Garcia Vieira, em trabalho publicado na vigência do CPC/1973, afirmava que: “A ação cautelar de asseguarção também tem o condão de interromper a prescrição quando caracterizado seu ajuizamento de forma preparatória” (VIEIRA, Christian Garcia. Asseguarção de Prova. São Paulo, Editora Saraiva, 2011, p. 126). Em sentido semelhante, logo após o início da vigência do CPC/1973, Pontes de Miranda afirmava que: “quanto às vistorias, cumpre distinguirem-se as vistorias *in perpetuam rei memoriam*, que independem do processo estabelecido no art. 803 do Código de Processo Civil, e as *probationes praeparatoriae*, que estão sujeitas ao art. 803 e, em conseqüência, hão de ser tratadas à semelhança da ação declaratória típica (art. 4º). Havemos de dizer o mesmo quanto aos arbitramentos e inquirições que tenham cominação, dependendo, porém, da sentença –, a citação tem a eficácia interruptiva, se o conteúdo sentencial é de *cognitio completa* ou *incompleta*” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo III. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974, p. 255).

414 “Citação interrompe a prescrição também no processo principal. Tendo havido, antes da ação principal, o ajuizamento de ação cautelar de produção antecipada de prova, a citação para esta interrompe a prescrição para o pedido indenizatório compreendido por esta prova, pois tal ação não se trata de ‘simples vistoria’, não sendo aplicável à hipótese da súmula 154 do STF, conforme precedentes do pretório Excelso e do STJ” (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n. 7.000.9439.175, Relator Mário Rocha Lopes Filho, j. 23/9/2004).

415 Apenas a título de curiosidade, no direito alemão, Leo Rosemberg afirmava que: “*La petición interrumpe la prescripción, de acuerdo con BGB, §§ 477, II; 480, II; 490 y 639; véanse además los §§ 478, I, 2 y 485, inc. 1. También la petición de aseguramiento de la prueba ante un tribunal extranjero surte los mismos efectos cuando el procedimiento ante él corresponde en lo esencial al procedimiento alemán (SeuffArch., 83, 104 = LZ, 1929, 1206)*” (ROSEMBERG, Leo. Tratado de derecho procesal civil. Buenos Aires: EJEJA, 1955, Tomo. II, p. 238).

O fundamento de tal voto foi o de que o enunciado da Súmula n. 154/STF foi expedido em momento em que o paradigma legislativo era o CPC/1939, o qual previa a chamada *vistoria ad perpetuam rei memoriam*. Além disso, consta de tal voto que a tese jurídica que deu ensejo à elaboração da súmula partia da premissa de que a *vistoria* não se enquadraria entre as medidas preparatórias da ação⁴¹⁶, panorama que se mostrava diferente no CPC/1973, onde a produção antecipada da prova foi alargada, quando era exigida a citação da parte (e não apenas a mera intimação) e permitido o exercício de contraditório.

Na doutrina, esse entendimento também passou a prevalecer. Nesse sentido, ao comentar o CPC/1973, Egas Dirceu Moniz de Aragão⁴¹⁷ sustentava que

medidas há que, sendo ou não cautelares, tendo ou não o objetivo de afastar o perigo na demora, desempenham o papel de requisitos essenciais ao ajuizamento da ação, de que, por isso, integram uma das condições, mais precisamente, a possibilidade jurídica, que inexistirá sem que a providência prévia haja sido promovida. No Código de 1939, o depósito preparatório da ação servia de excelente exemplo para obviar a disposição proibitiva do art. 1.092 do Código Civil ou de regras como a do art. 212 do Código Comercial. Sempre que, portanto, o procedimento preliminar, seja ou não cautelar, visar a integrar a condição necessária a que o autor, depois, ingresse em juízo, a citação nele promovida interrompe a prescrição.

Em sentido semelhante, Galeno Lacerda, também ao comentar o CPC/1973, criticava o enunciado da Súmula n. 154 do STF e afirmava que sempre que a parte demonstrasse de forma clara a intenção de promover demanda posterior, a produção antecipada da prova tinha o condão de interromper a prescrição, sendo equivalente a protesto interruptivo⁴¹⁸.

⁴¹⁶ Nesse sentido, o ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira cita a ementa de um dos acórdãos que precedeu a elaboração da súmula. Trata-se do Recurso Extraordinário n. 12.973, datado de 1949 (e a súmula só foi aprovada em 13 de dezembro de 1963), de relatoria do ministro Anibal Freire, onde consta que: "*Vistoria ad perpetuam rei memoriam* - Interrupção da prescrição - Recurso extraordinário. A matéria de prescrição enseja o conhecimento do apelo constitucional. A citação, para a *vistoria*, não constitui meio interruptivo da prescrição, pois não se inclui a diligência entre as medidas preparatórias da ação, sem as quais esta não se configura, com característica definida e própria".

⁴¹⁷ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II. 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 421.

⁴¹⁸ "A interrupção da prescrição, último efeito da citação indicado pelo art. 219, ocorre em todas as citações para as ações cautelares jurisdicionais porque nestas já se acha manifesto o interesse do autor em propor a demanda principal. Quanto às medidas voluntárias, a citação para protesto possui efeito interruptivo específico (art. 172, II, do Código Civil). Em relação às demais, como as antecipações de prova, admite-se idêntica eficácia, se clara a intenção do requerente em mover a demanda posterior, hipótese em que essa intenção equivale a autêntico protesto. Não nos parece certa a Súmula 154 do Supremo, em seu enunciado conciso e radical: 'Simples *vistoria* não interrompe prescrição'. Mais correto o acórdão da 1ª Câmara Civil

Essa foi a interpretação que prevaleceu até o final da vigência do CPC/1973.

Em relação ao CPC/2015, é preciso considerar que a ação de produção antecipada da prova deixou de ser uma *medida cautelar*, ostentando *status* de ação autônoma, que visa a tutelar um direito autônomo à prova.

Essa constatação pode levar à interpretação de que, na vigência do código atual, a medida probatória não serviria para interromper o prazo prescricional, já que ela não consiste em medida *preparatória* para futura demanda. Era por essa razão que se sustentava pela interrupção do prazo prescricional.

Entendemos, no entanto, que essa não é a melhor interpretação, uma vez que não era a natureza de medida preparatória que justificava a interrupção do prazo prescricional, mas sim a exteriorização da intenção da parte em promover demanda futura⁴¹⁹.

Nessa ordem de ideias, é preciso reconhecer que – salvo nos casos previstos nos parágrafos 1º e 5º do art. 381 do CPC/2015⁴²⁰ – ao ajuizar ação de produção antecipada da prova, a parte sempre apresentará, ainda que em tese, pretensão de ajuizar demanda posterior.

É verdade que a parte poderá decidir por não litigar ou que as partes poderão transigir, firmando acordo. Mas não há como negar que o ajuizamento da ação de produção antecipada da prova pressupõe a investigação de fatos subjacentes a determinado conflito, sendo certo que, se a parte não tivesse intenção de buscar uma

do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 25.05.1976 (RT 491/76). Se na petição de vistoria há propósito de demanda futura contra o requerido, quer este participe ou não do procedimento cautelar respectivo, será erro negar à citação efeito interruptivo da prescrição, porque, repetimos, o conteúdo do pedido equivale ao protesto do art. 172, II, do Código Civil" (LACERDA, Galeno. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, tomo I, 7ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 228/229).

⁴¹⁹ Sobre o tema, Lodovico Barassi afirma, em tradução livre, que: “a prescrição pode ser interrompida quando o direito é afirmado de qualquer modo, tolhendo, assim, a inação e a incerteza” (BARASSI, Lodovico. *Instituzione di Diritto Civile*. Milano: Giuffrè, 1955, §48).

420 §1º O arrolamento de bens observará o disposto nesta Seção quando tiver por finalidade apenas a realização de documentação e não a prática de atos de apreensão.

§ 5º 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.

solução para ele, ela sequer ostentaria interesse para requerer a produção da prova antecipadamente.

Sobre o tema, Antônio Luis da Câmara Leal⁴²¹, comentando o dispositivo que trata da interrupção da prescrição no Código Civil de 1916 – o qual, nesse particular, é extremamente semelhante ao inciso I do art. 202 do Código Civil vigente –, ensina que:

O art. 172, nº I, [equivalente ao inciso I do art. 202 do Código Civil/2002] dizendo que a prescrição se interrompe pela citação pessoal feita ao devedor, isto é, ao prescribente ou sujeito passivo, não especificou qual o processo ou ação determinante da citação, o que indica que não foi pensamento do legislador restringi-la à ação, contra a qual corre a prescrição. A indeterminação da citação, na redação do dispositivo, denota que ela se refere a qualquer processo judicial que tenha por fim a realização ou proteção do direito, porque qualquer ato judicial promovido pelo titular, em defesa ou proteção do direito, faz cessar a sua inércia ou negligência, tornando a prescrição inadmissível, pela carência de uma de suas condições elementares.

Assim, entendemos que existe uma relação – ainda que em tese – entre a ação de produção antecipada da prova e o eventual processo futuro. Desse modo, o ajuizamento da ação probatória deve servir para interromper o prazo prescricional, pois é prova inequívoca da ausência de negligência do titular do direito, o qual passou a buscar sua tutela de forma cautelosa, visando à obtenção de prova substancial antes de se aventurar em demanda que verse sobre o accertamento do direito.

Além desse argumento – que a nosso ver é suficiente para justificar a interrupção do prazo –, há importante argumento pragmático: entender que a ação de produção antecipada da prova não interromper a prescrição acarretará grave ineficiência, pois obrigará a parte a ajuizar protesto interruptivo de prescrição.

Ou seja, a interpretação em sentido contrário acarretará uma duplicidade de processos, o que viola os princípios da eficiência, da economia processual e da razoável duração dos processos. Trata-se de interpretação que não pode prevalecer.

⁴²¹ CÂMARA LEAL, Antônio Luis da. Da Prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978.

Por essas razões, concluímos que, também na vigência do CPC/2015, a ação de produção antecipada da prova tem o condão de interromper a prescrição para eventual processo futuro.

4.6. O contraditório na produção antecipada da prova: defesa e pedido de provas pelo réu (ou interessado)

O princípio do contraditório encontra-se no núcleo do devido processo legal. Constituiu uma das garantias básicas dos litigantes, ostentado *status* de garantia constitucional, inserta no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Sobre o tema, Nelson Nery Junior⁴²² ensina que:

A garantia do contraditório é inerente às partes litigantes – autor, réu, litisdenuciado, oponente, chamado ao processo – assim como também ao assistente litisconsorcial e simples e ao Ministério Público, ainda quando atue na função de fiscal da lei. Todos aqueles que tiverem alguma pretensão de direito material a ser deduzida no processo têm direito de invocar o princípio do contraditório em seu favor. (...) Ao Juiz, como sujeito do processo, compete a participação ativa na observância do contraditório, pelo que se pode concluir que os litigantes tem a garantia, o direito ao contraditório, ao passo que o juiz tem o dever de lhes assegurar o contraditório.

Referido autor continua e afirma que “é defeso ao julgador *encurtar, diminuir (verkürzt)* o direito de o litigante exteriorizar a sua manifestação nos autos do processo”⁴²³.

Além do princípio do contraditório, o referido art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, garante às partes o direito à ampla defesa, princípio ainda mais elementar do que o mencionado anteriormente.

Tal princípio, conforme ensina Cássio Scarpinella Bueno, consiste na

garantia ampla de todo e qualquer acusado em sentido amplo (que é nomenclatura mais empregada para o direito processual penal) e qualquer *réu* (nomenclatura mais utilizada para o direito processual civil) ter condições *efetivas*, isto é, *concretas*, de responder às

⁴²² NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 244/245.

⁴²³ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 246.

imputações que lhe são dirigidas antes que seus efeitos decorrentes possam ser sentidos⁴²⁴.

Fazendo uma leitura conjunta dos princípios do contraditório e da ampla defesa, Antonio Carlos Marcato afirma que:

entendida a ação como a atividade tendente a estimular a tutela jurisdicional, a ela contrapõe-se a defesa, direito constitucionalmente assegurado ao réu de opor-se à pretensão do autor, reclamado a sua rejeição e, ainda, de também expor suas razões em juízo e exigir sejam levadas em consideração pelo órgão jurisdicional⁴²⁵.

O que se tem, portanto, é a completa vedação de restrição à defesa – contraditório e ampla defesa – no processo, e qualquer previsão nesse sentido está eivada de inconstitucionalidade grave, por violar o disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

A despeito disso, o legislador do CPC/2015 previu, no §4º do art. 382, que na produção antecipada da prova não se admitirá defesa.

Tal dispositivo não pode ser interpretado em sua literalidade, pois tendo em vista que a produção antecipada da prova tem caráter contencioso e natureza jurídica de demanda, tal interpretação levaria à plena inconstitucionalidade do dispositivo.

Ao que parece, o legislador equivocou-se nesse ponto, fazendo crer que a produção antecipada da prova tinha caráter de jurisdição voluntária, o que, como se viu ao longo deste trabalho, não se mostra condizente com a realidade – uma vez que o instituto possui nítida natureza jurisdicional e viés contencioso⁴²⁶.

Não se pode – sob pena de violação grave ao devido processo legal – impedir que a parte se defenda, por exemplo, de pedido desprovido de fundamento e que vise à exibição de informações pessoais ou, ainda, de segredos industriais.

⁴²⁴ SCARPINELLA BUENO, Cássio. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 135.

⁴²⁵ MARCATO, Antônio Carlos. Procedimentos Especiais. 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 30.

⁴²⁶ “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 ou a interposição de recursos” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil comentado: artigo por artigo. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 720).

Faz parte de reconhecer que a produção antecipada da prova é demanda e ostenta natureza contenciosa, reconhecer o direito de defesa daquele cuja esfera jurídica será atingida pela produção da prova.

Assim, a interpretação constitucionalmente⁴²⁷ mais adequada a esse dispositivo é a de que não caberá defesa sobre a força probante da prova produzida no bojo da produção antecipada da prova - “ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas” – pois tais temas sequer podem ser objeto de análise no âmbito da produção antecipada da prova, mas haverá amplo e completo espaço para que a parte se defenda da produção antecipada da prova propriamente dita⁴²⁸.

Nessa ordem de ideias é de se reconhecer o cabimento da defesa pelo requerido, a qual, entretanto, se limitará à pertinência da produção da prova, visando a preservar sua esfera jurídica de violação indevida.

Para que se possa ter um exemplo, na hipótese de o sócio de determinada empresa requerer o acesso às informações fiscais e aos extratos bancários da pessoa que a administra, este, o réu, poderá se defender amplamente acerca da desnecessidade e impertinência da prova – defendendo seu direito ao sigilo bancário e fiscal.

Daí ser possível concluir que a defesa do réu deverá se limitar ao direito à produção da prova, à competência do órgão julgador, ao interesse de agir e à legitimidade das partes e ao próprio modo de produção da prova⁴²⁹. Tal defesa, em regra, deverá ser

427 “Evitando desvios de toda ordem, o que releva afirmar e fixar como premissa metodológica fundamental para se tratar de qualquer assunto de direito processual civil é que os dispositivos do Código de Processo Civil (e isso é pertinente também para a legislação processual civil extravagante como um todo) não bastam por si sós. Não estão ‘soltos’. Mais ainda: é insuficiente para a tão conhecida quando festejada ‘interpretação sistemática do direito’ serem comparados alguns poucos textos de lei com outros textos da mesma ou de outra lei para estabelecer entre eles uma aparente ordem de ‘regra geral’ para ‘regra especial’ ou de ‘regra mais nova’ para ‘regra menos nova’, por exemplo. Mais importante e que deve ser posto em primeiro lugar, inclusive em ordem de pensamento, é verificar em que medida a Constituição Federal quer que o direito processual civil seja. É verificar, na Constituição Federal, qual deve ser o ‘modo de ser’ do direito processual civil” (SCARPINELLA BUENO, Cássio. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 112).

428 Na vigência do CPC/1973, quando a produção antecipada de provas possuía natureza cautelar, já se admitia a apresentação de defesa. Nesse sentido: SANCHEZ, Sidney. Poder cautelar do juiz no processo civil brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978, p. 67; TOLEDO PIZA, Marcos Salvador. Contestação em medida cautelar. Revista dos Tribunais nº 518, 1978, p. 279; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. Curso de Processo Civil. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 31.

429 Cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2, 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 164.

apresentada em cinco dias úteis, respeitado o disposto no art. 218 do CPC/2015, salvo se o juiz dispuser de forma contrária.

O mesmo posicionamento parece adotar Flávio Luiz Yarshell⁴³⁰⁻⁴³¹⁻⁴³², que, ao comentar tal dispositivo, anota que:

O CPC de 2015 foi infeliz ao pretender restringir de forma supostamente absoluta a possibilidade de reação por parte do demandado (“não se admitirá defesa”), num dispositivo que soa incoerente e até infiel com os limites da antecipação da prova agora estabelecidos (art. 382, §3º, do CPC/2015). (...) A lei parece sugerir que se trataria de ‘mero’ procedimento de jurisdição voluntária, quando é fora de dúvida que a atividade realizada é tipicamente jurisdicional. Assim, a interpretação conforme a Constituição (art. 5º, LIV e LV, da CF) autoriza dizer que a limitação ali estabelecida se justifica apenas no limite do que constou no §2º do art. 383 do CPC/2015 e considerando a circunstância de que no processo da antecipação não são valorados fatos e menos ainda resolvidas questões de mérito; exceto 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.

Superada essa questão, cabe ressaltar que o réu (ou interessado) tem direito de formular pretensão para a produção de provas, nos termos do que prevê o artigo 382, §3º, do CPC/2015.

Essa previsão vai ao encontro das funções do instituto e confere grande mobilidade procedimental a ele, tornando-o um procedimento probatório amplo, para que todas as questões probatórias referentes a determinado conflito possam ser deduzidas no mesmo procedimento.

⁴³⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. Teresa Arruda Alvim [et. al.] (coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed. 2017, p. 1.165.

⁴³¹ Também parece adotar o mesmo posicionamento Cândido Rangel Dinamarco, ao afirmar que: “Nesse processo ou incidente não se admite qualquer defesa ou discussão envolvendo o direito a ser eventualmente amparado pela prova postulada, o qual é estranho a seu objeto (CPC, art. 382, §4º). Tal exclusão não pode porém ser interpretada como abrangente do direito de defesa também quanto ao próprio direito do autor ao conhecimento da prova, pois uma vedação como essa colidiria com as garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III. 7ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2017, p. 118).

⁴³² Também parece adotar o mesmo posicionamento: TALAMINI, Eduardo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 596.

Não se pode esquecer que o dispositivo acima referido limita a atividade probatória do réu (ou interessado), ao afirmar que ela é possível “desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora”.

Sobre a primeira parte dessa limitação (“desde que relacionada ao mesmo fato”), o que se mostra mais condizente com a própria natureza do instituto – que é permitir que as partes tenham acesso ao material probatório subjacente ao conflito em que estão envolvidas – será limitar o requerimento de provas a fatos (diretos ou indiciários) relacionados à causa de pedir daquele conflito⁴³³, inclusos aí os possíveis fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor.

No que tange à segunda parte (“salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora”), entendemos que, diante da possibilidade de prolatar decisões parciais, tal regra não se mostra condizente com o princípio da eficiência.

Isso porque a aplicação dessa regra fará com que o réu que pretenda produzir determinada prova considerada mais morosa ajuíze demanda probatória autônoma (o que exigirá nova formação de relação jurídica processual), quando a prova poderia ser produzida no procedimento já existente e sem prejuízo para a parte contrária. Esta, de posse de decisão parcial declarando a higidez da prova produzida, poderá desde logo ingressar com processo sobre o accertamento do direito.

Assim, o que se tem é a possibilidade ampla de produzir provas no bojo do procedimento, independentemente de quem as requeira, podendo o juiz proferir decisões parciais acerca da higidez de cada meio de prova produzido.

É de se destacar, no entanto, que se o réu (ou interessado) pedir produção de provas, o autor poderá apresentar defesa quando da produção daquela prova, nos mesmos moldes do que o réu pôde fazer quando o pedido foi formulado pelo autor.

⁴³³ Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira parecem entender no mesmo sentido, ao afirmar que: “embora o texto normativo fale em ‘mesmo fato’, como a produção antecipada da prova pode dizer respeito a uma ‘relação jurídica’ (art. 385,§5º), é preciso que se estenda a possibilidade de pedido contraposto de produção da prova também para essa hipótese” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2, 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 166).

Por fim, não custa lembrar que o exercício do contraditório é permitido em todo procedimento probatório⁴³⁴, sendo ônus das partes – como já se defendeu no curso deste trabalho – atuar como se estivessem na fase instrutória de processo que verse sobre o accertamento do direito.

4.7. Meios de prova admitidos

No Código de Processo Civil de 1973, o art. 846 – que previa e regulava a chamada produção antecipada da prova – dizia que a “produção antecipada da prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial”.

Em uma primeira leitura, tal dispositivo parecia restringir os meios de prova que poderiam ser produzidos antecipadamente. Entretanto, a maioria absoluta da doutrina entendia que se tratava de uma limitação aparente, sendo admitida a produção antecipada de todos os meios de prova.

Sobre o tema, Moacyr Amaral Santos afirmava que “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”⁴³⁵.

Tal entendimento é o mais acertado diante da regra da atipicidade probatória que rege o direito processual civil brasileiro, o qual estabelece que as partes têm o *direito de empregar todos os meios de prova, desde que lícitos e moralmente aceitos*⁴³⁶.

⁴³⁴ “O requerido 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 e 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 e etc. Vale o mesmo para os demais meios probatórios” (TALAMINI, Eduardo. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 596).

⁴³⁵ Prova judiciária no cível e no comercial. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, v. 1, p. 328.

⁴³⁶ O CPC/1973 estabeleceu que: “Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa”. O CPC/2015, por sua vez, estabelece no art. 369 que: “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste

Sobre essa questão, Paulo Osternack Amaral ensina que:

o reconhecimento de um direito fundamental à prova, dos amplos poderes instrutórios do juiz e da regra do art. 369 do CPC, permitem concluir que o direito processual civil brasileiro adotou expressamente o critério de liberdade probatória. (...) O ordenamento brasileiro adotou o sistema misto, em que são admissíveis não apenas os meios de prova expressamente previstos em lei, mas também outros, desde que preenchidos determinados requisitos⁴³⁷.

Todavia, toda essa discussão perdeu o sentido com a entrada em vigor do CPC/2015. Isso porque, em primeiro lugar, o CPC /2015 deixou de fazer distinção entre os meios de prova, e a própria “ação de exibição de documentos” deixou de ter lugar próprio no ordenamento jurídico.

É de se destacar – apenas porque parece haver certa dúvida acerca do tema – que a prova documental também se insere nessa situação, sendo certo que a produção antecipada da prova é o meio próprio para que as partes requeiram a exibição de documentos⁴³⁸⁻⁴³⁹, já que no CPC/2015 não há medida própria para tanto.

Nesse sentido, entendemos que todo e qualquer meio de prova pode ser produzido no curso de ação de produção antecipada da prova⁴⁴⁰, incluindo os meios atípicos.

É verdade que determinadas *medidas instrutórias* – mas não meios de prova – não poderão ser utilizadas na ação de produção antecipada da prova, pois pressupõe valoração do material probatório e existência de processo em que se discuta o direito material.

Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

⁴³⁷ AMARAL, Paulo Osternack. Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 58/59.

⁴³⁸ Cf. MEDEIROS NETO, Elias Marques de. in Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 2. Cassio Scarpinella Bueno (coord.) São Paulo: Saraiva, 2017, p. 284.

⁴³⁹ Entendendo pela autonomia da exibição de documentos, o Enunciado n. 119 do CFJ diz: “É admissível o ajuizamento de ação de exibição de documentos, de forma autônoma, inclusive pelo procedimento comum do CPC (art. 318 e seguintes)”.

⁴⁴⁰ Cândido Rangel Dinamarco parece compartilhar do mesmo entendimento, ao defender que a produção antecipada da prova “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). Tanto a prova testemunhal comporta produção antecipada, quando a pericial, o depoimento pessoal, a inspeção judicial ou mesmo a documental” (DINAMARCO, Cândido Rangel. instituições de Direito Processual Civil. Vol. III. 7ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2017, p. 112).

Incluem-se nessa hipótese a acareação de testemunha, pois “a acareação pressupõe a avaliação do depoimento, a fim de verificar se houve contradição entre este e outra declaração, prestada por outra testemunha ou parte”⁴⁴¹, e o interrogatório da parte, pois pressupõe que o juiz da causa tenha dúvidas acerca dos fatos da causa⁴⁴².

Assim, excetuadas as hipóteses em que a medida instrutória exige atividade valorativa por parte do juiz, todos os meios de prova podem – e devem – ser produzidos no âmbito da ação de produção antecipada da prova, de modo a permitir que as partes tenham o maior conhecimento possível acerca dos fatos subjacentes ao seu conflito e, com isso, possam fazer uso de todas as funções da produção antecipada da prova.

4.8. Meios de controle das decisões proferidas no Processo de Produção Antecipada da prova

4.8.1. Espécies de Decisões Proferidas na Produção Antecipada da prova

No bojo da produção antecipada da prova haverá, em regra, duas *espécies* de decisões judiciais com relevância para o direito material das partes.

Ao se vislumbrar o instituto, é possível perceber que se trata de verdadeiro procedimento especial⁴⁴³, pois em regra a decisão que decidirá o mérito da produção antecipada da prova consistirá em decisão interlocutória, e a sentença terá apenas conteúdo homologatório e não propriamente decisório.

⁴⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. VII (arts. 381 ao 484). Luiz Guilherme Marinoni (coord.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

⁴⁴² Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso.

⁴⁴³ Antonio Carlos Marcato explica que “os procedimentos especiais diferenciam-se do comum em maior ou menor intensidade, mas, diante da necessidade de ampliação do âmbito de cognição dos fatos relevantes e pertinentes, com a consequente ampliação do espectro probatório, ou em razão da antecedente prática de atos relacionados a certas peculiaridades da causa, em certos casos ocorre a conversão ou redução procedimental, consistente na transmutação, no curso do processo, do procedimento especial, até então observado para o procedimento comum” (MARCATO, Antônio Carlos. Procedimentos Especiais. 17ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 73).

Veja-se, nesse sentido, que a decisão mais relevante da produção antecipada da prova é aquela que versa sobre a possibilidade da produção da prova requerida (deferindo ou indeferindo o pedido de sua produção) e fixa seus limites.

É essa decisão, portanto, que trata sobre o direito autônomo à prova, consistindo no verdadeiro provimento jurisdicional que decidirá o mérito da demanda probatória autônoma.

Sobre a decisão (ou sentença) de mérito, Arruda Alvim aponta que:

a hipótese mais frequente dessa espécie de sentença que consubstancia o curso natural do processo, é o acolhimento ou a rejeição dos pedidos formulados (art. 487, I). É a decisão de mérito que analisará as questões controvertidas e dará solução à lide levada ao judiciário⁴⁴⁴⁻⁴⁴⁵.

Tratando do conceito de mérito, Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira explicam que:

uma questão processual pode ser uma questão de mérito. A competência, por exemplo, pode ser examinada como questão principal e de modo exaustivo no conflito de competência. O mesmo pode ocorrer com a parcialidade do julgador, objeto de incidente na arguição de suspeição e impedimento. (...) Na prática, não se costuma tomar o cuidado de atentar para essa sutileza. Quando uma questão processual compõe o mérito, haverá outras questões processuais que serão questões de admissibilidade. Essa observação é importante, pois, se um pressuposto ou requisito processual surge como questão de mérito em um procedimento, a sua análise estará apta a ficar imune com a coisa julgada. O mérito do procedimento pode ser composto exclusivamente por questões processuais. Há decisões de mérito sobre questões processuais, portanto⁴⁴⁶

Sobre o tema, Cândido Rangel Dinamarco afirma que o mérito é “aquilo que alguém vem a juízo pedir, postular, exigir”⁴⁴⁷.

⁴⁴⁴ ARRUDA ALVIM NETO, José Manuel de. Manual de Direito Processual Civil. 17ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 985.

⁴⁴⁵ Sobre o tema Elio Fazzalari explica que: “*provvedimenti 'giurisdizionale in senso proprio', o 'di merito' sono le sentenze (e i decreti e le ordinanze, quali manzionati nei capitoli II e III) che, accogliendo la domanda di merito, nel merito dispogno*” (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1975, p. 163).

⁴⁴⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2, 12ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 452.

⁴⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1987, p. 202.

Nessa ordem de ideias, tendo em vista que o objeto da ação de produção antecipada da prova é justamente produzir determinada prova, a decisão que versa sobre seu deferimento ou indeferimento é de mérito⁴⁴⁸, pois é aquela que decide sobre a pretensão da parte.

Esse provimento jurisdicional poderá ser classificado como sentença, caso a decisão seja de indeferimento total dos pedidos do autor, hipótese que colocará fim à fase cognitiva do processo, ou poderá ser decisão interlocutória⁴⁴⁹, quando acolher total ou parcialmente os pedidos de produção da prova.

Além dessa decisão, nas hipóteses em que alguma prova for produzida, haverá um segundo provimento jurisdicional, cujo objeto será declarar a regularidade da prova produzida, constituindo-a previamente para uso em eventual processo futuro⁴⁵⁰⁻⁴⁵¹.

É possível observar, portanto, que existirão em regra duas espécies de decisão na produção antecipada da prova: uma que decidirá o mérito propriamente dito (a possibilidade, ou não, de produzir as provas requeridas) e outra que declarará (ou homologará) a higidez das provas que por ventura vierem a ser produzidas.

⁴⁴⁸ No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2, 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 165.

⁴⁴⁹ “Segundo o art. 203, §2º, do NPCC, decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no §1º. O art. 203, §1º, ressalvadas as disposições expressas nos procedimentos especiais, define sentença como o pronunciamento do juiz que, concomitantemente, tiver como conteúdo matéria(s) prevista(s) nos arts. 485 ou 487 e extinguir a fase cognitiva do procedimento comum ou a execução. Assim, todos os procedimentos decisórios que não implicarem a extinção da fase cognitiva do procedimento comum ou a extinção da execução, serão decisões interlocutórias. (...) São decisões interlocutórias de primeiro grau de jurisdição os pronunciamentos do juiz que resolvem questão incidente, incidente processuais ou parcela do mérito” (OLIANI, José Alexandre Manzano. Sentença no novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 31).

⁴⁵⁰ Cf. TALAMINI, Eduardo. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Antônio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 598.

⁴⁵¹ Flávio Luiz Yarshell afirma que “finda a atividade probatória preliminar, o processo se extingue, com a prolação de sentença. Embora a lei não empregue a terminologia, é possível continuar a dizer, como no sistema precedente, que o juiz se limita a ‘homologar’ a prova produzida. Como a lei estabeleceu, não haverá pronunciamento sobre a ocorrência, ou não, de fatos; menos ainda sobre suas projeções jurídicas – salvo se isso for fundamento para se reputar a prova inadmissível” (YARSHELL, Flávio Luiz. Breves comentários ao novo código de processo civil. Teresa Arruda Alvim [et. al.] (coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª Ed. 2017., p. 1.165).

Por fim, cabe destacar que tais decisões, como qualquer outra que aprecie o mérito, têm aptidão para formar coisa julgada. No entanto, nesses casos, “a coisa julgada ficará restrita à declaração sobre a existência ou não do direito autônomo à prova”⁴⁵².

4.8.2. A Impugnação das Decisões Proferidas na Produção Antecipada da prova

O §4º do art. 382 do CPC/2015 prevê que, na produção antecipada da prova, “não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário”.

Trata-se de dispositivo que restringe a recorribilidade das decisões e cuja interpretação literal acabará por criar uma situação de efetivo desequilíbrio entre as partes. Como se observa de sua redação, somente é possível recurso para aquele que vê seu pedido de produção de prova indeferido, não havendo a necessária contrapartida para aquele que se vê prejudicado pelo deferimento da produção da prova.

Há verdadeira incongruência em se admitir recurso contra a decisão que indefere a produção da prova, mas não se admitir recurso contra a decisão que defere a produção da mesma prova.

Não bastasse isso, tal dispositivo cria outro desequilíbrio entre as partes, pois, em sua literalidade, permite apenas que o indeferimento da prova requerida pelo “requerente originário” seja objeto de recurso, o que não condiz com a expressa possibilidade de requerer a produção de provas.

Esse tratamento desigual, por si só, mostra a impossibilidade de se interpretar literalmente o dispositivo, já que sua interpretação literal viola frontalmente o princípio da igualdade.

Ademais, como bem aponta Flávio Luiz Yarshell⁴⁵³,

a lei pareceu ignorar que o deferimento da antecipação [da prova] pode violar direitos constitucionalmente assegurados, como sigilo, intimidade e privacidade. Ou seja, a lei parece ter partido da falsa

⁴⁵² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2, 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 169.

⁴⁵³ YARSHELL, Flávio Luiz. Breves comentários ao novo código de processo civil. Teresa Arruda Alvim [et. al.] (coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed. 2017, p. 1.165.

premissa de que o deferimento da prova jamais poderia acarretar prejuízo para o demandado, o que é clamoroso equívoco.

A verdade é que não se pode ignorar que a decisão que defere (ou indefere) a produção da prova é aquela que terá aptidão para causar prejuízo às partes, seja acolhendo o pedido daquele que requereu a prova (o que poderá causar prejuízo à parte contrária ao violar, por exemplo, sua intimidade ou segredos industriais), seja desacolhendo-o (o que causará prejuízo à parte que requereu a prova).

E, diante dessa constatação, não há como negar que as partes têm nítido interesse recursal para se insurgir contra tal decisão⁴⁵⁴. Sobre essa questão Teresa Arruda Alvim traz importante ensinamento:

O interesse em recorrer existe independentemente da fundamentação do recurso, e nasce da circunstância de haver uma decisão prejudicial à parte recorrente. O vencedor, mesmo tendo legitimidade para impugnar a decisão, não pode fazê-lo porque não tem interesse. (...) Note-se que, para que as observações, feitas há pouco a respeito do *gravame*, possam ser tidas como verdadeiras, é preciso que se dê à palavra ‘prejuízo’ sentido latíssimo. Nesse sentido marcadamente abrangente que se deve dar à expressão ‘prejuízo’, dir-se-ia, por exemplo, que o réu é prejudicado pela decisão em que o juiz considera o autor parte legítima⁴⁵⁵.

Assim, é possível concluir que há interesse recursal em impugnar decisão que determine a produção da prova e, tendo isso em vista, a supressão imotivada de recurso contra essas decisões importaria em violação aos princípios do duplo grau de jurisdição e do devido processo legal, além do princípio da igualdade, como mencionado acima.

Sobre o duplo grau de jurisdição, Nelson Nery Junior, em seu clássico *Teoria Geral dos Recursos*, afirma que não se trata de direito absoluto e que, tampouco, seria inconstitucional a lei que fizesse restrição razoável à recorribilidade⁴⁵⁶.

Entretanto, referido autor aponta que o limite para a supressão de recursos é o devido processo legal, e o alcance da expressão ‘duplo grau de jurisdição’ diz respeito

⁴⁵⁴ Sobre interesse recursal, ver com proveito: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. V: arts. 476 a 565. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

⁴⁵⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Os agravos no CPC brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 154.

⁴⁵⁶ NERY JUNIOR, Nelson. Teoria Geral dos Recursos. 7ª ed. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 62 e seguintes.

à recorribilidade da sentença de mérito, incluída a decisão que, embora interlocutória, possua conteúdo de mérito.

E, como se mostrou no item acima, o provimento jurisdicional que defere, ou não, a produção da prova no âmbito da produção antecipada da prova possui conteúdo de mérito, sendo certo, ainda, que tal decisão pode violar direitos e garantias fundamentais, como a da intimidade⁴⁵⁷.

Por essa razão, entendemos que viola o devido processo legal a supressão de recurso contra essa decisão, mormente porque se trataria da única decisão de mérito irrecorrível em todo o sistema do CPC/2015, sem que exista fundamento razoável para tanto.

Essa situação se mostra ainda mais clara quando a decisão versar sobre a concessão de tutela provisória de urgência na produção antecipada da prova, pois nessas situações se estará diante de um provável risco de perecimento da prova, e a supressão de recurso contra essa decisão não se mostra tampouco razoável, pois inviabiliza a revisão de decisão que pode causar dano imediato e irreversível à parte.

Nesse sentido, entendemos ser necessário – como acontece no que diz respeito à defesa do réu – empregar uma interpretação conforme a constituição do dispositivo, permitindo a recorribilidade da decisão que defere (ou indefere) total ou parcialmente a produção da prova nos limites do §2º do artigo 382 do CPC/2015, ou seja, limitadas as questões que possam ser objeto de defesa e excluídas questões como a valoração da prova, que sequer podem ser objeto da produção antecipada da prova⁴⁵⁸⁻⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ Sobre o tema, Daniel Amorim Assumpção Neves afirma que: “O legislador desconsiderou, por outro lado, que o deferimento da prova pode violar direito constitucionalmente garantido, como sigilo, intimidade e privacidade. E ao tratar de forma distinta o indeferimento e o deferimento da prova o art. 382, §4º, do Novo CPC, violou o princípio da isonomia, dando indevido e injustificável tratamento distinto ao autor e réu do processo” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil comentado: artigo por artigo. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 720).

⁴⁵⁸ No mesmo sentido: YARSHELL, Flavio Luiz. Breves comentários ao novo código de processo civil. Teresa Arruda Alvim [et. al.] (coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed. 2017., p. 1.165.

⁴⁵⁹ Em sentido contrário, Eduardo Talamini afirma que: “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 da probatória. O duplo grau de jurisdição não é, em si mesmo, garantia constitucional (STF, HC 79.785). Pode não ser previsto em lei, desde que isso não implique modelo desarrazoado de processo, ofensivo à garantia do due process (CF, art. 5º, LIV). Pareceu ao legislador do CPC/2015 ser esse o caso da medida de antecipação de prova, dada a limitação de seu objeto. Todavia, caberá mandado de segurança contra decisões que violem direito líquido e certo de qualquer das partes (CF,

Sobre o tema, Cândido Rangel Dinamarco afirma que:

Ao aludir apenas à decisão que *indeferir* totalmente a produção antecipada da prova, o art. 382, § 4º, do Código de Processo Civil dá a entender que deixa cobertas pela irrecorribilidade aquelas que indeferirem *parcialmente* essa medida e também as que a deferirem. Mesmo que realmente haja sido essa a intenção do legislador, tal restrição não poderia prevalecer porque colide com o princípio constitucional do duplo grau de jurisdição e com as garantias do devido processo legal e da ampla defesa⁴⁶⁰.

Poder-se-ia contrapor a esse argumento com a afirmação de que, no bojo do processo de conhecimento, a decisão que defere ou indefere a produção de provas também não está sujeita à recorribilidade.

Entretanto, tratar-se-ia de falso argumento, pois o que a lei veda é a recorribilidade imediata de tal decisão por meio de agravo de instrumento, mas não sua recorribilidade, haja vista que ela poderá ser objeto de impugnação em sede de preliminar de apelação (ou contrarrazões de apelação)⁴⁶¹, nos termos do §§1º e 2º do art. 1.009 do CPC/2015⁴⁶².

Ocorre que a sentença da produção antecipada da prova, em regra (exceção feita àquela que indeferir totalmente a produção da prova), não se sujeitará a apelação, pois se limitará a declarar (ou homologar) a higidez da prova produzida, de modo que não seria possível impugnar decisões interlocutórias em sede de apelação, pois em geral não haverá interesse em recorrer de tal sentença.

art. 5.º, LXIX; Lei n. 12.016/2009, art. 5º, II).” (TALAMINI, Eduardo. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Antônio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 598).

⁴⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III. 7ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2017, p. 118.

⁴⁶¹ “O novo Código de Processo Civil amplia o objeto do recurso de apelação, para permitir que as questões resolvidas por decisões interlocutórias, contra as quais não seja possível o manejo do agravo de instrumento, venham a ser suscitadas na apelação ou em contrarrazões. Apesar da modificação significativa no regime da preclusão das interlocutórias, está mantida a possibilidade, em tese, de se recorrer de toda e qualquer decisão interlocutória: algumas pela via do agravo de instrumento; outras, por meio de apelação” (BARIONI, Rodrigo. *Preclusão Diferida, o Fim do Agravo Retido e a Ampliação do Objeto da Apelação no Novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo, vol. 243/2015, p. 269-280, maio/2015).

⁴⁶² “O momento para interposição do recurso será diferido e a parte deverá aguardar a elaboração das razões e contrarrazões de apelação para manifestar seu inconformismo e impugnar a decisão. Se, por exemplo, a parte requerer a produção de determinada prova e tal requerimento for indeferido, não poderá valer-se do agravo de instrumento e deverá aguardar a sentença para insurgir-se contra a decisão. Suscitará o indeferimento da prova em preliminar das razões de sua apelação, em um modelo semelhante ao agravo retido” (UZEDA, Carolina. Interesse Recursal. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 204).

Desse modo, tal argumento não se mostra suficiente para ilidir a conclusão de que é preciso admitir a impugnação da decisão que verse sobre o deferimento da produção da prova.

Além desse argumento, poder-se-ia sustentar que não haveria prejuízo na ausência de recorribilidade da decisão proferida na produção antecipada da prova, pois (i) caso indeferida a prova, poderia ser novamente requerida no bojo do processo que verse sobre o accertamento do direito; e (ii) caso deferida, sua admissibilidade poderia ser impugnada no eventual e futuro processo que verse sobre o accertamento do direito.

Ocorre que tal argumento também não se sustenta. Como se viu ao longo deste trabalho, a produção da prova pode causar prejuízo autônomo ao violar, por exemplo, direito à intimidade ou segredos industriais, de modo que a possibilidade de impugnar a admissibilidade da prova em processo futuro se mostra insuficiente para tutelar o direito da parte.

A mesma situação ocorre no caso de indeferimento da prova, pois caso isso ocorra só restará à parte a possibilidade de produzi-la no bojo do processo que verse sobre o accertamento do direito, o que retiraria da parte a oportunidade de valer-se das benesses da produção antecipada da prova, como, por exemplo, apurar os riscos e o custo-benefício de ingressar com demanda futura.

Assim, também esse argumento não se mostra suficiente para afastar a necessidade de recorribilidade das decisões que versem sobre a produção da prova.

Feitas essas considerações, e como já se adiantou, é o caso de interpretar o §4º do artigo 382 conforme a Constituição e admitir recurso contra a decisão que defere

ou indefere, total ou parcialmente, a produção da prova no âmbito da produção antecipada da prova⁴⁶³⁻⁴⁶⁴.

O recurso cabível contra a decisão que defira ou indefira, total ou parcialmente, a produção das provas requeridas irá variar: em se tratando de sentença – o que ocorrerá, em regra, somente na hipótese de indeferimento total da prova cuja produção se requereu –, caberá apelação; em se tratando de decisão interlocutória de

⁴⁶³ Entendendo pela possibilidade de recurso fora da literalidade do artigo 382, §4º, do CPC/2015: “PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA – Cabível a interposição de apelação -, ainda, que por aplicação do princípio da fungibilidade recursal, para os que entendem que o recurso cabível seria o agravo de instrumento - contra a sentença proferida em produção antecipada de prova, não apenas contra a que indefere totalmente a produção antecipada de provas pelo requerente originário, como expressamente estatui o art. 382, §4º, do CPC/2015, mas nas hipóteses em que houver expressa resistência do requerido ao pedido da parte requerente, inclusive em questões relativas à distribuição dos encargos de sucumbência, uma vez que o disposto no art. 382, §4º, do CPC/2015, deve ser interpretado de modo não literal – Na espécie, a apelação da parte autora não se restringe ao valor dos honorários advocatícios, mas também alcança o cumprimento da obrigação de exhibir, pelos documentos juntados pela parte ré – Reconhecimento de que os documentos juntados aos autos satisfazem a pretensão de produção antecipada de provas formulada. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – Reforma-se a r. sentença recorrida, para majorar a verba honorária - Razoável, na espécie, considerando o grau de complexidade da presente demanda de causa com valor baixo, a fixação da verba honorária na quantia de R\$1.000,00, com incidência de correção monetária a partir deste julgamento, montante que se revela adequado, sem se mostrar excessivo, nem irrisório, para remunerar condignamente o patrono da parte apelante, em razão do zelo do trabalho por ele apresentado e da natureza e importância da causa, já considerada a sucumbência recursal, com observância dos parâmetros estabelecidos no art. 85, caput, §§1º, 2º, 8º e 11, do CPC/2015. Recurso provido, em parte. (TJSP; Apelação 1000373-63.2017.8.26.0666; Relator(a): Rebello Pinho; Órgão Julgador: 20ª Câmara de Direito Privado; Foro de Artur Nogueira - Vara Única; Data do Julgamento: 17/9/2018; Data de Registro: 19/9/2018).

⁴⁶⁴ Em sentido contrário, entendendo pela interpretação literal do artigo 382, §4º, do CPC, já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo: Produção antecipada de prova – Ação proposta sob a égide do atual CPC – Documento apresentado pelo banco requerido – Sentença que homologou a prova produzida – Decisão que não comporta recurso – §4º do art. 382 do atual CPC que limita a interposição de recurso somente para o caso em que for indeferida totalmente a produção da prova pleiteada na inicial – Apelo do requerente não conhecido. (TJSP; Apelação 1011598-89.2017.8.26.0566; Relator (a): José Marcos Marrone; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Carlos - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/10/2018; Data de Registro: 30/10/2018) ACIDENTE DE TRÂNSITO – DPVAT – PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS – SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA – Recurso de apelação interposto contra a sentença homologatória de produção antecipada de provas, visando a fixação de honorários advocatícios sucumbenciais – Asseguração de prova que não possui caráter contencioso, e não admite a apresentação de defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário, nos termos do §4º do art. 382 – Recurso não conhecido, por expressa vedação legal (TJSP; Apelação 1010131-84.2018.8.26.0196; Relator (a): Carlos Nunes; Órgão Julgador: 31ª Câmara de Direito Privado; Foro de Franca - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/10/2018; Data de Registro: 16/10/2018).

mérito, o que ocorrerá em todas as demais hipóteses, o recurso cabível será o de agravo de instrumento, com fundamento no artigo 1.015, inciso II, do CPC/2015⁴⁶⁵⁻⁴⁶⁶.

Vale dizer, ademais, que caso a parte tenha formulado pedido de tutela provisória para a produção da prova, o cabimento do agravo se justifica não apenas pelo inciso II do artigo 1.015, mas, também, pelo inciso I do mesmo dispositivo, o qual autoriza a interposição do recurso contra decisões que versarem sobre tutela provisória.

Por fim, é de se destacar que contra a sentença que declarar (ou homologar) a higidez da prova não caberá recurso, e eventual irregularidade formal na produção da prova poderá e deverá ser objeto de discussão do eventual e futuro processo que verse sobre o acerto do direito⁴⁶⁷.

Essa posição se justifica, já que, em relação a essa decisão, a supressão recursal prevista no §4º do artigo 382 do CPC/2015 se mostra razoável, mormente pela impossibilidade de prejuízo imediato às partes.

4.9. Custas e honorários advocatícios na produção antecipada da prova

Questão interessante que se coloca é a da possibilidade de condenação ao pagamento de custas e honorários advocatícios no bojo da produção antecipada da prova.

A questão foi amplamente debatida na vigência do CPC/1973, onde se estabeleceu o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que só era cabível a fixação

⁴⁶⁵ No mesmo sentido: YARSHELL, Flavio Luiz. Breves comentários ao novo código de processo civil. Teresa Arruda Alvim [et. al.] (coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed. 2017, p. 1.165; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2, 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 165; MARINONI, Luis Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. VII (arts. 381 ao 484) 2ª edição. Luiz Guilherme Marinoni (coord.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 50.

⁴⁶⁶ Em sentido contrário, entendendo pelo cabimento de mandado de segurança: TALAMINI, Eduardo. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Antônio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 598.; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil comentado: artigo por artigo. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 720.

⁴⁶⁷ Em sentido contrário, entendendo pelo cabimento de apelação: YARSHELL, Flavio Luiz. Breves comentários ao novo código de processo civil. Teresa Arruda Alvim [et. al.] (coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed. 2017., p. 1.165.

de honorários e condenação em custas na hipótese de resistência da parte na produção da prova⁴⁶⁸.

Antes de fixar esse entendimento, Christian Garcia Vieira aponta que havia decisões prevendo que a questão da sucumbência deveria ser apreciada na futura “ação principal”, hipótese que seria acolhida no direito italiano⁴⁶⁹.

De todo modo, parece que o melhor entendimento é aquele, fixado sob a égide do CPC/1973, de que só é cabível a condenação em honorários advocatícios nos casos em que houver pretensão resistida por parte daquele que será “atingido” pela produção da prova.

Nesse sentido, se a parte colaborar para a produção da prova, não deverá haver condenação em honorários⁴⁷⁰; por outro lado, havendo resistência da parte requerida, os

⁴⁶⁸ Nesse sentido entendiam: THEODORO JUNIOR, Humberto. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978, vol. 5, p. 307; VIEIRA, Christian Garcia. Asseguração de Prova. São Paulo, Editora Saraiva, 2011, p. 214 e seguintes; BUZUID, Alfredo. Produção antecipada da prova. Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 258.

⁴⁶⁹ Nesse sentido, fazendo referência a Carlo Calvosa e à decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: VIEIRA, Christian Garcia. Asseguração de Prova. São Paulo, Editora Saraiva, 2011, p. 214.

⁴⁷⁰ Nesse sentido vem posicionando-se a jurisprudência já na vigência do CPC/2015. Veja-se: “Produção antecipada de prova – Ação proposta sob a égide do atual CPC – Documento apresentado pelo banco requerido – Sentença que homologou a prova produzida – Decisão que não comporta recurso – §4º do art. 382 do atual CPC que limita a interposição de recurso somente para o caso em que for indeferida totalmente a produção da prova pleiteada na inicial – Apelo do requerente não conhecido. Produção antecipada de prova – Sucumbência – Pretensão recursal que visa à condenação do banco requerido no pagamento de verba honorária de sucumbência – Documento apresentado pelo banco requerido na primeira oportunidade em que se manifestou nos autos - Procedimento que não assumiu o caráter contencioso, tendo em vista a ausência de resistência – Despesas processuais que devem ser assumidas pelo requerente.” (TJSP; Apelação 1011598-89.2017.8.26.0566; Relator (a): José Marcos Marrone; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Carlos - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/10/2018; Data de Registro: 30/10/2018); Produção antecipada de prova – Ação proposta sob a égide do atual CPC – Documento apresentado pelo banco requerido – Sentença que homologou a prova produzida – Decisão que não comporta recurso – §4º do art. 382 do atual CPC que limita a interposição de recurso somente para o caso em que for indeferida totalmente a produção da prova pleiteada na inicial – Apelo do requerente não conhecido. Produção antecipada de prova – Sucumbência – Pretensão recursal que visa à condenação do banco requerido no pagamento de verba honorária de sucumbência – Documento apresentado pelo banco requerido na primeira oportunidade em que se manifestou nos autos - Procedimento que não assumiu o caráter contencioso, tendo em vista a ausência de resistência – Despesas processuais que devem ser assumidas pelo requerente (TJSP; Apelação 1011598-89.2017.8.26.0566; Relator(a): José Marcos Marrone; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Carlos -5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/10/2018; Data de Registro: 30/10/2018); PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA – APELAÇÃO DO RÉU - Produção antecipada de provas – Sentença de procedência e condenação do réu a arcar com o ônus da sucumbência – Apelação do réu sustentando que não é o caso de julgar procedente o pedido, mas sim de homologar as provas produzidas, e requerendo o afastamento da condenação no ônus da sucumbência – Acolhimento – A sentença de produção antecipada de provas tem caráter meramente homologatório, não havendo pronunciamento do juiz sobre a ocorrência ou não dos fatos e suas respectivas consequências jurídicas – Imposição de sucumbência indevida na hipótese – Sentença reformada. Recurso provido. (TJSP; Apelação 1008255-05.2016.8.26.0604;

honorários devem ser fixados, tal como dispõe o Enunciado n. 118 do Conselho da Justiça Federal (CFJ)⁴⁷¹⁻⁴⁷².

Nesse mesmo sentido, Eduardo Talamini afirma que:

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 sucumbência⁴⁷³.

Trazendo argumentação diversa, Flavio Luiz Yarshell⁴⁷⁴ afirma que, dado o caráter dúplice da produção antecipada da prova – tendo em vista que a prova produzida se destina a todas as partes –, seria inadequado transferir para uma delas os ônus da sucumbência somente pelo fato de a parte contrária ter tomado a iniciativa de requerer a produção da prova.

Referido autor afirma que, nessas situações, cada parte terá de arcar com os honorários de seus advogados, sendo irrelevante a aquiescência ou resistência em relação à produção da prova, pois ela teria de ser produzida de qualquer modo.

Relator(a): Marino Neto; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sumaré - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/10/2018; Data de Registro: 22/10/2018).

⁴⁷¹ Enunciado CJF n. 118: “é cabível a fixação de honorários advocatícios na ação de produção antecipada de provas na hipótese de resistência da parte requerida na produção da prova”.

⁴⁷² Entendendo pela possibilidade de condenação em honorários no caso de resistência: CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. PERÍCIA. SUCUMBÊNCIA. Possibilidade de condenação sucumbencial quando há divergência em relação à possibilidade do requerimento de produção antecipada. Procedimento que pode assumir caráter litigioso porque o pedido de produção antecipada de provas está sujeito ao preenchimento dos requisitos legais. Existência de vencedor e vencido com relação à tutela cautelar. Réu ofereceu resistência ao pedido cautelar, entendendo não ser caso em que a lei autorizaria a produção antecipada de provas. Prova produzida e homologada em sentença. Devida a condenação do réu ao pagamento de honorários advocatícios e ao ressarcimento das despesas processuais relacionadas com a tutela cautelar. Entretanto, o ressarcimento das despesas processuais não deve abranger os honorários periciais e outras despesas relacionadas estritamente com a produção da prova. O princípio da sucumbência relativamente aos honorários periciais deve ser analisado em relação à sucumbência na ação principal a ser eventualmente ajuizada. O objeto da perícia se relaciona com o objeto da ação principal, e não com a tutela cautelar. Ainda que se admita o processo cautelar autônomo, até que se decida o mérito da questão na ação principal, se está diante de discussão acerca do adiantamento do custeio da prova, cuja a regra geral é o adiantamento pela parte que requereu a prova. Condenação sucumbencial imposta na produção antecipada de provas que deve se restringir ao que independa do resultado da ação principal. Recurso parcialmente provido (TJSP; Apelação 1026092-04.2014.8.26.0100; Relator(a): Mary Grün; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível -40ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/10/2018; Data de Registro: 11/10/2018).

⁴⁷³ TALAMINI, Eduardo. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Antônio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 598.

⁴⁷⁴ YARSHELL, Flavio Luiz. Breves comentários ao novo código de processo civil. Teresa Arruda Alvim [et. al.] (coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª Ed. 2017., p. 1.166.

Por fim, conclui que somente nos casos de a resistência gerar trabalho “expressivamente superior” poderá haver condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais.

Entendemos, todavia, que o posicionamento de Eduardo Talamini acerca dessa questão se mostra mais correto, pois evita a subjetividade de definir o que seria “trabalho expressivamente superior” ao normal para que se possam fixar os honorários.

Nesse sentido, havendo resistência na produção da prova, o vencido deverá ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios⁴⁷⁵, fixados com base no §8º do art. 85 do CPC⁴⁷⁶.

No que diz respeito às custas, deve ser aplicada a regra do artigo 82 do CPC/2015, que determina que o requerente da prova deve arcar com seu pagamento, o que se aplica tanto para o autor, como para o réu, no caso em que ele requeira, com fundamento no artigo 382, §3º, a produção de outro meio de prova⁴⁷⁷.

Vale destacar posicionamento divergente sobre o tema, no sentido de que as despesas devem ser compartilhadas pelas partes, pois a produção antecipada da prova tem natureza dúplice, de modo que a prova nela produzida seria útil para todas as partes⁴⁷⁸.

⁴⁷⁵ No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2, 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 169.

⁴⁷⁶ Sobre os critérios de fixação de honorários com base nesse dispositivo, Luiz Henrique Volpe Camargo ensina que: “nas causas de proveito econômico inestimável, assim compreendidas aquelas onde não é possível vislumbrar benefício econômico imediato (p. ex. ações de estado), os honorários serão fixados por equidade, ou seja, pelo senso de justo do juiz. O mesmo critério deve ser utilizado para as causas com proveito econômico ou valor da causa muito baixo. O texto tem o propósito de evitar a fixação de honorários ínfimos, já que sendo muito baixo o valor da causa, se observados os percentuais definidos nos §§2º e 3º do art. 85 (p. ex. 10%), baixíssimos seriam os honorários. Significa, então, que a lei implicitamente impõe um padrão mínimo de honorários, tendo presente a importância e a dignidade da profissão de advogado (CF/1988, art. 133). A fixação de honorários justos é forma de concretizar a previsão constitucional que não pode ser – e não é – apenas retórica” (CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Breves comentários ao novo código de processo civil. Teresa Arruda Alvim [et. al.] (coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed. 2017, p. 352).

⁴⁷⁷ Nesse mesmo sentido: TALAMINI, Eduardo. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Antônio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 598; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 2, 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 169.

⁴⁷⁸ Cf. YARSHELL, Flavio Luiz. Breves comentários ao novo código de processo civil. Teresa Arruda Alvim [et. al.] (coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed. 2017., p. 1.166.

Entretanto, ousamos divergir desse posicionamento, pois entendemos não ser possível imputar os ônus de custear a produção da prova à parte que não tomou iniciativa nesse sentido.

Ademais, é de se ressaltar que uma das formas mais comuns de abuso de mecanismos de produção antecipada da prova em países de tradição de *common law* – em especial nos Estados Unidos da América, com o *discovery* – se dá pela imputação de altos custos a uma das partes, que se vê pressionada a entabular um acordo para não custear a produção de provas que não são de seu interesse.

Nesse sentido, a melhor solução é adotar a regra geral do artigo 82 do CPC/2015, com a ressalva de que os custos e as despesas despendidos na produção antecipada da prova poderão ser ressarcidos no caso de vitória no futuro e eventual processo que verse sobre o acerto do direito⁴⁷⁹.

Essa solução, já defendida, entre outros, por Humberto Theodoro Junior na vigência do CPC/1973⁴⁸⁰, se mostra mais equilibrada e correta diante do sistema processual introduzido pelo CPC/2015.

Por fim, é de se destacar que todas as regras referentes à gratuidade da justiça são plenamente aplicáveis à produção antecipada da prova, como não poderia ser diferente diante da constatação de que se trata de demanda, com natureza contenciosa e caráter jurisdicional.

5. Conclusão

O instituto da produção antecipada da prova, com a feição empregada pelo CPC/2015, é relevante e tem a possibilidade de impactar positivamente o mecanismo de resolução de conflitos brasileiro.

⁴⁷⁹ Nesse mesmo sentido: TALAMINI, Eduardo. Comentários ao Novo Código de Processo Civil. Antônio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 598.

⁴⁸⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 22ª ed. São Paulo: Leud, 2005, p. 322.

Nesse sentido, identificamos que, diante dos grandes desafios de nosso tempo quanto à resolução de conflitos em geral e ao processo civil em especial, a feição tradicional da jurisdição já não se mostra adequada, sendo necessário cunhar um novo conceito, mais amplo, que contenha todos os meios legalmente aceitos e que preservem os direitos e garantias fundamentais, para solucionar conflitos do modo mais eficiente possível, entre eles a produção antecipada da prova

Depois, concluímos que a produção antecipada da prova tem natureza jurídica de demanda, estando sujeita a todo regime jurídico inerente a esse condição, sendo certo, ainda, que se trata de provimento jurisdicional de natureza contenciosa.

Identificamos, ainda, que na vigência do CPC/2015 deixaram de existir duas *modalidades* de produção antecipada da prova (com e sem urgência).

No sistema do código vigente, diante da constatação de que há um direito autônomo à prova que dispensa urgência para que a produção da prova seja possível e de que a produção antecipada da prova tem natureza de demanda, mostra-se irrelevante tal classificação e desnecessária a previsão de regimes jurídicos distintos, bastando admitir a concessão de tutela provisória quando houver urgência na produção da prova, como poderia ocorrer com qualquer outra espécie de direito material.

Fixadas essas premissas, concluímos que a produção antecipada da prova dialoga e milita em favor das *normas fundamentais do processo*, tendo relação direta com os princípios do contraditório, colaboração e eficiência.

A partir dessa conclusão, foi possível identificar as funções do instituto no sistema de resolução de conflitos brasileiro, sendo certo que seu objetivo precípua é empregar maior eficiência à resolução de conflitos.

O instituto tem potencial de utilidade em diversos momentos, tendo destaque na fase pré-litigiosa, ao permitir que as partes, entre outras coisas, analisem sua efetiva posição processual e o custo-benefício do litígio, e decidam de forma consciente se o litígio é a melhor opção ou se, por exemplo, é mais vantajoso fazer uso de meios adequados de resolução de conflitos.

No ambiente do processo, o instituto também se mostra útil, permitindo, por exemplo, que as partes utilizem técnicas processuais, empregando eficiência ao processo e maior legitimidade às decisões judiciais.

Para que essas funções se mostrassem operacionais, sustentamos a necessidade de haver uma vinculação entre a conduta das partes no bojo da produção antecipada da prova e sua conduta em eventual e futuro processo que verse sobre o acerto do direito.

Essa posição se mostra adequada diante da aplicação direta dos princípios da colaboração e da boa-fé objetiva, bem como da regra que exige que todos colaborem com o Poder Judiciário para a “descoberta da verdade”.

Em face desse conteúdo normativo, as partes têm o ônus de colaborar com a produção da prova, não podendo obter qualquer vantagem – inclusive processual – em decorrência de que frustrar o objetivo da produção antecipada, seja por se tratar de ato violador da boa-fé objetiva (por exemplo, *venire contra factum proprium*) ou mesmo de desleixo.

Nesse sentido, para que fique claro, as partes devem agir no âmbito da produção antecipada da prova com o mesmo grau de preocupação e envolvimento que agiriam na fase de instrução de processo de conhecimento.

Encerrada a identificação das funções e vantagens do instituto, passamos a tratar de seus limites e da acentuada preocupação com seus abusos, em especial diante daqueles que vêm ocorrendo em países onde mecanismos de produção prévia da prova são utilizados de forma abrangente há muitos anos, como os Estados Unidos da América.

Sobre essa questão, concluímos que a feição da produção antecipada da prova brasileira, em especial diante do fato de que o procedimento se dá em ambiente judicial e que o juiz brasileiro tende a ser mais ativo que o magistrado estadunidense, cria uma dificuldade natural para que tais abusos ocorram.

Entretanto, tal constatação não significa que tais abusos não possam ocorrer. Para evitar que eles ocorram, o juiz deve ter uma postura ativa e fazer uso dos poderes previstos no artigo 139, IV, do CPC.

Questão relevante em relação aos abusos é a do sigilo das informações objeto da prova. Nessas situações, que se colocam com maior frequência em conflitos envolvendo propriedade intelectual (em especial segredos industriais), há a necessidade de se criar uma proteção às informações objeto de prova, modulando o procedimento e evitando – inclusive com medidas atípicas – que elas sejam utilizadas fora do ambiente jurisdicional.

Vale destacar que o controle dos abusos no bojo da produção antecipada da prova é extremamente relevante, pois, em se permitindo que eles se tornem frequentes, o instituto acabará por ser um mecanismo para causar ainda mais ineficiência no sistema, o que vai de encontro a seu objetivo precípuo.

Ademais, não se trata de preocupação puramente teórica, pois isso já vem ocorrendo, por exemplo, nos Estados Unidos da América, onde o alargamento do *discovery* é um dos principais motivos de preocupação dos processualistas, justamente por tornar a resolução de conflitos ineficiente.

Por fim, passamos a tratar das questões essenciais da dinâmica da produção antecipada da prova. A constatação de que o instituto possui natureza jurídica de demanda e se trata de provimento jurisdicional de natureza contenciosa teve grande repercussão, em especial no que diz respeito à aparente supressão de defesa e de recursos.

Isso porque, diante dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório, do duplo grau de jurisdição e do devido processo legal, não se pode admitir a supressão plena de defesa ou recurso em procedimento contencioso e jurisdicional.

Nessa ordem de ideias, foi necessário empregar interpretação conforme a Constituição (§4º do artigo 382 do CPC/2015), de modo que a aparente supressão de defesa e recursos fosse interpretada como limitação de se discutirem temas relativos à valoração da prova e ao futuro e eventual processo de conhecimento.

Assim, necessário reconhecer o cabimento de defesa na produção antecipada da prova, cujo objeto, no entanto, versará exclusivamente sobre o direito de produção da prova e questões processuais, como competência, interesse e legitimidade.

No que diz respeito aos recursos, identificamos que, diante do reconhecimento da existência de um “direito autônomo à prova”, a decisão que defere ou indefere a produção da prova tem conteúdo de mérito, sendo impugnável por meio de agravo de instrumento, com fundamento no inciso II do artigo 1.015 do CPC/2015, caso seja interlocutória, ou por apelação, caso seja sentença.

Por outro lado, em se tratando de pedido de tutela provisória para a produção da prova, o fundamento legal para o cabimento do agravo será o inciso I do mesmo artigo 1.015.

Quanto aos demais pontos do procedimento, concluímos que, no bojo da produção antecipada da prova: i) é possível conceder tutela provisória de urgência ou da evidência; ii) o valor da causa deve corresponder ao custo a ser despendido na produção do meio de prova requerido, sem vinculação com o pedido a ser formulado em eventual processo futuro; iii) a citação interrompe a prescrição para o ajuizamento de futura e eventual demanda sobre o accertamento do direito; iv) só é possível a condenação da parte nas verbas de sucumbência caso exista resistência ao pedido de produção antecipada da prova; e v) as custas e despesas incorridas na produção antecipada da prova poderão ser cobradas caso aquele que as despendeu venha a ser vencedor do futuro e eventual processo que verse sobre o accertamento do direito.

Superadas as questões procedimentais – essenciais para a correta operacionalização do instituto – e a exposição acerca das funções da produção antecipada da prova, concluímos que a utilização consciente e frequente do instituto tem o potencial de tornar a resolução de conflitos no Brasil mais eficiente.

No modelo processual vigente até o CPC/1973, as partes se encontravam em em uma posição bastante perniciosa, uma vez que, ante um possível conflito onde as questões de fato se mostram obscuras e de difícil investigação, não possuíam ferramentas para averiguar se sua posição era ou não correta, o que lhes empurrava ao litígio, mesmo sem o conhecimento pleno de sua posição.

Isso fazia com que as partes assumissem riscos e custos por vezes desnecessários (por exemplo, verbas de sucumbência e custeio de honorários contratuais),

além de levar a processos mais ineficientes, em especial por serem mal dimensionados (subjetiva e objetivamente).

No sistema atual, a produção antecipada da prova pode contribuir para que as partes melhor avaliem a conveniência de litigar e, quando o fizerem, litiguem de forma mais eficiente e legítima.

É de se destacar, ainda, que a utilização do instituto depende de uma mudança cultural das partes (e de seus advogados), no sentido de exercerem de forma mais plena sua autonomia da vontade e se coloquem como verdadeiros protagonistas na atividade probatória – somente com base nesse novo paradigma é que a produção antecipada da prova poderá trazer todas suas benesses ao sistema.

Por outro lado, a atenção e a preocupação com eventuais abusos no uso do instituto devem ser plenas e frequentes, sob pena de ele se tornar um mal em si mesmo e servir como ferramenta para a ineficiência do sistema – o que, segundo muitos autores, vem ocorrendo com o *discovery* estadunidense.

6 .BIBLIOGRAFIA

ABDO, Helena Najjar. *O Abuso do processo*. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e Processo: posições processuais equilibradas e unidades do direito*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ALVES, Rafael Francisco; VERONESE, Lígia Espolanor. *Arbitragens e empresas em crise: o novo mercado de financiamento por terceiros. Desafios e próximos passos*. (disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-e-empresas-em-crise-o-novo-mercado-de-financiamento-por-terceiros-03082016>, acesso em 2/9/2018, às 11h48).

ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ANDREWS, Neil. *O Moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

AROCA, Juan Montero. *La prueba en el proceso civil*. 3ª ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2002.

ARRUDA ALVIM NETO, José Manuel de. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. 17ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. CRÉDITO-PRÊMIO: ALÍQUOTA. Soluções Práticas - Arruda Alvim, vol. 1, p. 995 – 1014, ago./2011.

ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____.; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Nulidades do processo e da sentença*. 8ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Tutela Provisória*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 2017.

ARRUDA ALVIM, Thereza Celina Diniz de. *O Direito processual de Estar em Juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

ARSUFFI, Arthur Ferrari. *Considerações sobre o inciso II do Art. 311 do CPC/2015: Perspectivas Probatória e do uso dos Precedentes*. In *Revista de Processo*, vol. 282/2018, p. 201-227, ago./2018.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2012

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BARASSI, Lodovico. *Instituzione di Diritto Civile*. Milano: Giuffrè, 1955.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. V: arts. 476 a 565*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

_____. *O FUTURO DA JUSTIÇA: ALGUNS MITOS*. *Revista de Processo*, vol. 102/2001, p. 231, abr.-jun./2001.

_____. *Alguns Problemas Atuais da Prova Civil*. In *Temas de Direito Processual, Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. *Tendências contemporâneas do direito processual civil*. In Temas de Direito Processual, Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. *Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo*. In Temas de Direito Processual, Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARIONI, Rodrigo Otávio. *Ação rescisória fundada em documento novo e a necessidade de exibição*. In: Nery Jr., Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. Vol. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Ação Rescisória e Recursos para os Tribunais Superiores*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Preclusão Diferida, o Fim do Agravo Retido e a Ampliação do Objeto da Apelação no Novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo, vol. 243/2015 p. 269-280, maio/2015.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. 1. (arts. 1º a 317). Cássio Scarpinella Bueno (Coord.). São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BESSO, Chiara. *La prova prima del processo*. Torino: G. Giappichelle Editore, 2004.

BODART, Bruno V. da Rós. *Tutela de evidência – teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o Novo CPC*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2015

BOULLE, Thibault de. *Third-Party Funding in International Commercial Arbitration*. disponível em https://lib.ugent.be/fulltxt/RUG01/002/163/057/RUG01-002163057_2014_0001_AC.pdf, acesso em 2/9/2018 às 21h36.

BUZAID, Alfredo. *Produção antecipada da prova*. Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

CABRAL, Antônio do Passo. *Per un nuovo concetto di giurisdizione. Scritti in onere de Nicola Picardi*, T. 1. Pisa: Pacini Giuridica, 2016, p. 371.

CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit Judiciaire Privé*. 9^a édition. Paris: LexisNexis, 2016.

CALAMANDREI, Piero. *Introduccion al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1945

_____. *Il processo come giuoco. Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1950.

CALVOSA, Carlo. *Il processo cautelare (i sequestri e i provvedimenti d'urgenza)*. Torino, Tipografia Temporelli, 1970.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 6^a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Direito À Duração Razoável Do Processo: Entre Eficiência e Garantias*. Revista de Processo, vol. 223/2013, set./2013.

CÂMARA LEAL, Antônio Luis da. *Da Prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. Teresa Arruda Alvim [et. al.] (coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 3^a ed. 2017.

CAMBI, Eduardo. *Direito Constitucional à prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. Teresa Arruda Alvim [et. al.] (coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 3^a ed. 2017.

CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da Eficiência no Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

_____ ; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988, reimpressão de 2002.

CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 233/2014, p. 65-84, jul. 2014.

CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*. Milão: Giuffré Editore, 1992.

_____. *Sistema di diritto processuale civile*. Vol. I. Pádua: CEDAM, 1936.

CARVALHO, Fabiano. *Ação rescisória fundada em prova nova e a teoria da prova documentada*. in *Grandes Temas do Novo CPC: Direito Probatório*, William Santos Ferreira; Marco Félix Jobim (Coords.). Salvador, JusPodivm, 2015.

_____. *O princípio da eficiência no processo coletivo: Constituição, microssistema do processo coletivo e novo Código de Processo Civil*. In *Ação Civil Pública após 30 anos*. Édis Milaré (coord.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CARPENTER, Luiz F. *Da prescrição*. Vol. I. Editora Nacional de Direito, 1958.

CORRÊA. Fábio Peixinho Gomes. *Governança judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

CHASE, Oscar. *Direito, Cultura e Ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Trad. Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. Marcial Pons, São Paulo, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, V. II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1940.

CONTE, Mario. *Le prove nel processo civile*. Milano: Giuffré Editore, 2002.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO Michelle. *Lezioni sul processo civile*. Bologna: Mulino. 1998

CORREIA, André de Luizi. *A citação no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª edición, DePalma, Buenos Aires.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VII (arts. 318 a 368) José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli e João Francisco Naves da Fonseca (coords.). São Paulo: Saraiva, 2016

DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 19ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2, 12ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. *O Princípio da Cooperação: uma apresentação*. Revista de Processo, vol. 127/2005, p. 75-79, set./2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I. 8ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016.

_____. *instituições de Direito Processual Civil*. Vol. III. 7ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2017.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. II, 3ª ed., Editora Malheiros, São Paulo, 2009.

_____. *O novo Código de Processo Civil brasileiro e a ordem processual civil vigente*. Revista de Processo, vol. 247, set/2015.

_____. *instrumentalidade do processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1987.

EASTERBROOK, Frank H. Discovery as Abuse. 69 *Boston University Law Review* 635 (1989).

ECHANDÍA, Hernando Devis. *Compendio de pruebas judiciales*. Bogotá: Editorial Temis, 1969.

ELLIOT, David C. CREATIVE COLLABORATION: *A sudden outbreak of common sense?* (disponível em <http://www.davidelliott.ca/papers/creativecollaboration.doc>, acesso em 1º de setembro de 2018, às 17h02).

FAHEY, Elizabeth; TAO Zhirong. *The Pretrial Discovery Process in Civil Cases: A Comparison of Evidence Discovery between China and the United States*, 37 *B. C. Int'l & Comp. L. Rev.* 281, 332 (2014).

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1975.

FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. Teresa Arruda Alvim [et. al.] (coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed. 2017.

_____; JOBIM, Marco Felix (Coord.). *Grandes temas do novo CPC*, vol. 5. Salvador: JusPodivm, 2015

FENOCHIETO, Carlos Eduardo. *El juez frente a la prueba*. La prueba: libro em memoria del professor Santiago Sentís Melendo. Augusto M. Morello (coord.) la prata: Libreria Platense, 1996.

FLEGAL, Frank F. Discovery Abuse: Causes, Effects, and Reform, 3 *Review of Litigation* (1982).

FONSECA, Victor. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 1. (arts. 1º a 317). Cássio Scarpinella Bueno (Coord.). São Paulo: Editora Saraiva, 2017

FREIRE, Alexandre Reis Siqueira; CASTRO, Marcello Soares. Atividade Probatória e Propriedade Industrial: alguns comentários acerca da asseguaração de provas. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=677fa4059ee76333>.

FRIEDE, Roy Reis. *EFICIÊNCIA: UM IMPERATIVO PARA O PODER JUDICIÁRIO*. Revista de Processo, vol. 68/1992, out.-dez./1992.

FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*. 4. ed. St. Paul: West Group, 2005.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Processal civil*. Barcelona: Labor, 1936.

GOZAÍNI, Oswaldo A. *Formas Alternativas Para la Resolución de Conflictos*. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1995.

GLASNER, William A. *Pretrial Discovery and the adversary system*. Russel Sage Foundation. Printed by Connecticut printers, 1968.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, vol. II, 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

GRECO, Vicente. *Direito Processual Civil brasileiro*. vol. 2, 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GREGER, Reinhard; KOCHER, Ronaldo. *Cooperação como Princípio Processual*. Revista de Processo, vol. 206/2012, p. 123-134, abr./2012.

GRIMM, Paul W.; YELLIN, David S.. *A Pragmatic Approach to Discovery Reform: How Small Changes Can Make a Big Difference in Civil Discovery*. 64, South Carolina Law Review, p. 495 (2013).

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2016.

HOPWOOD, William; PACINI, Carl; YOUNG, George. *Fighting Discovery Abuse in Litigation*. Journal of Forensic & Investigative Accounting, vol. 6, Issue 2, July - December, 2014.

IDS – INSTITUTO DANNEMANN SIEMSEN DE ESTUDOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. Comentários à lei da propriedade industrial. Edição Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

INTERNATIONAL TRADEMARK ASSOCIATION – INTA, BULLETIN. Disponível em <https://www.inta.org/INTABulletin/Pages/ITALYTradeSecretsDirective7314-.aspx>, acesso em 16/11/2018, às 17h32.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. VIII, Tomo I, arts. 796 a 812. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2ª ed., 1981.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo I, 7ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

LANGBEIN, John H.. *The German Advantage in Civil Procedure (1985)*. Faculty Scholarship Series. Paper 536.

LANGDELL, C. C. *Discovery under the Judicature Acts, 1873, 1875*. Part I. Harvard Law Review, vol. 11, n. 3 (Oct. 25, 1897), p. 137-157.

LASCANO, David. *Jurisdiccion y competencia*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft, 1941.

LESSA NETO, João Luiz. *Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 108

LESSONA, Carlo. *Teoria General de la Prueba em Derecho civil*. 4. Ed. Madrid: Instituto Editora Reus, t. IV, 1964.

LOPES, João Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 2. Cassio Scarpinella Bueno (coord.) São Paulo: Saraiva, 2017.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 3ª ed. Vol. I. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos Especiais*. 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINO, Francesco de. *La giurisdizione nel diritto romano*. Padova: CEDAM, 1937.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966.

_____. *Ensaio Sobre a Jurisdição Voluntária*, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1959.

MARINONI, Luís Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção de Acordo com o CPC de 2015*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*, Vol. 1. 2ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. VII (arts. 381 ao 484), 2ª edição. Luiz Guilherme Marinoni (coord.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LAUX, Francisco; RAVAGNANI, Giovani; RODRIGUES, Felipe Roberto; APRIGLIANO, Ricardo; FERREIRA, William Santos. *A Defesa na Produção Antecipada de Provas – Uma leitura constitucional do artigo 382, §4º, do novo CPC*. publicado em 14 de setembro de 2016 no portal Migalhas, disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245536,41046A+Defesa+na+Producao+Antecipada+de+Provas+Uma+leitura+constitucional>.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. 2. Cassio Scarpinella Bueno (coord.) São Paulo: Saraiva, 2017.

MELENDO, Santiago Santis. *La prueba – los grandes temas del derecho probatório*. Buenos Aires: EJEA.

MELLO, Rogério Licastro Torres de. *O Projeto de Novo CPC e a Ação Probatória Não Cautelar*. Revista de Processo, vol. 233/2014, jul./2014

MENDONÇA LIMA, Alcides de. *Probidade processual e finalidade do processo*. Uberaba: Editora Vitória, 1978.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. 6ª Reimpressão. Coimbra: Edições Almedina, 2015.

MESQUITA, Fernão Lara. *Mudar o Jeito de Resolver Problemas*. Jornal Estado de São Paulo em 20 de fevereiro de 2017.

MICHELLI, Gian Antonio. *Opere Minori di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè Editore, 1982.

MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e Precedente – Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial*. Revista de Processo, vol. 206/2012, p. 61-78, abr./2012.

_____. *Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Base para construção de um processo civil cooperativo – Tese de Doutorado*. Disponível em:

<http://www.bibliotecadigital.ufrgs.br/da.php?nrb=000642773&loc=2008&l=fff90792c6702178>, acesso em 9 de setembro de 2018, às 13h02.

MIYAKE, Dario Ikuo; RAMOS, Alberto W. *Desenvolvendo Indicadores de Produtividade e Qualidade em Hospitais: Uma Proposta de Método*. Revista Produto & Produção, vol. 11, n. 2, p. 67-84, jun./2010.

NAGAREDA, Richard A. *1938 All over Again? Pretrial as Trial in Complex Litigation*, 60 DePaul Law Review, 647 (2011).

NANCE, Dale A. *The Best Evidence Principle* (1988). Faculty Publications. Paper 463.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 12ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Teoria Geral dos Recursos*. 7ª ed. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado: artigo por artigo*. 3ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

_____. *Ações Probatórias Autônomas*. São Paulo: Saraiva: 2008.

_____. *Ações Probatórias Autônomas*. Carta Forense, publicado em 2/10/2009. Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/acoes-probatorias-autonomas/4765>.

NICHOLLS, Jennifer. *A Proportional Response: Amending the Oregon Rules of Civil Procedure to Minimize Abusive Discovery Practices*, 89 Or. L. Rev. p. 1455/1456 (2011).

NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA Alexandre Gustavo Melo Franco. *Eficiência Processual: Algumas Questões*. Revista de Processo, vol. 169/2009, p. 116-139, mar./2009.

NGUGI, Joel M. *Promissory Estoppel: The Life History of an Ideal Legal Transplant*. 41 U. Rich. L. Rev. 425 (2006-2007).

OLIANI, José Alexandre Manzano. *Sentença no novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

PASSOS, Calmon de. *Comentários ao código de processo civil*. Vol. VIII. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PESTANA, Márcio. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2010.

- PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2008.
- PICÓ I JUNOY, Joan. *El principio de la buena fé procesal*, 2ª ed. Barcelona: Bosch Editores, 2012.
- PIKE, James A.; WILLIS, John W. *The New Federal Deposition Discovery Procedure*. 38 COLUMBIA LAW REVIEW. 1453-54 (1938).
- PIZZOL, Patrícia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo III. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1974
- PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene Editore, 2006.
- RAGLAND JR., George. *Discovery Before Trial*. Chicago: Callaghan and Company, 1932
- RAMOS, Victor 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 – RePro, vol. 263/2017, p. 313-332.
- REDISH, Martin H.; MCNAMARA, Colleen. *Back to the Future: Discovery Cost Allocation and Modern Procedural Theory*. THE GEORGE WASHINGTON LAW REVIEW, vol. 79, April, 2011, nº 3.
- REDONDO, Bruno Garcia. *Adequação do Procedimento pelo Juiz*. Salvador: Editora JusPodivm, 2017
- RIZZI, Sérgio. *Ação Rescisória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.
- ROSEMBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo, II, Buenos Aires: EJE, 1955.
- SANCHEZ, Sidney. *Poder cautelar do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. Vol. I. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1970.

SATTA, Salvatore. *Diritto Processuale civile*. 9. ed. Padova: Cedam, 1981.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. 1. (arts. 1º a 317). Cássio Scarpinella Bueno (Coord.). São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. Vol. I, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SCHLESINGER, Rudolf B.; BAADE, Hans W.; HERZOG, Peter E. e WISE, Edward M. *Comparative law*. 6ª ed. 1998.

SILVA, Gilberto Domingues da. *Reflexões em torno da produção antecipada de prova*. Revista jurídica do Rio Grande do Sul – RJRS, março/abril de 1983, vol. 98.

SUBRIN, Stephen N. *Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules*. Boston College Law Review, V. 39, article 6.

SUNDERLAND, Edson. prefácio do livro *Discovery Before Trial* de George Ragland Jr., Chicago: Callaghan and Company, 1932.

TALAMINI, Eduardo. *Produção Antecipada de Provas no Código de Processo Civil de 2015*. Revista de Processo, vol. 260/2016, p. 75-101, out./2016.

_____. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Antônio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (coord.). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

TARUFFO, Michelle. *Il concetto di “Prova” Nel Diritto Processuale*. Revista de Processo. São Paulo. Vol. 229, mar./2014.

_____. *La Prueba de los Hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

_____. Oralidad y escritura como factores de eficiência en el processo civil. *Páginas sobre justicia civil*. Marcial Pons, 2009.

_____. Una alternativa a las alternativas: modelos de resolución de conflictos. *Páginas sobre justicia civil*. Marcial Pons, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I. 58ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

_____. *Processo cautelar*. 22ª ed. São Paulo: Leud, 2005.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

TUNALA, Larissa Gaspar. Comportamento Processual Contraditório: a proibição do *venire contra factum proprium* no direito processual civil brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2015.

TOLEDO PIZA, Marcos Salvador. Contestação em medida cautelar. *Revista dos Tribunais* n. 518, 1978.

UZEDA, Carolina. *Interesse Recursal*. Salvador: Juspodivm, 2018.

VIEIRA, Cristian Garcia. *Asseguração de prova*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

VISHINSKI, Andrei. *La teoria de la prueba en el derecho soviético*. Buenos Aires: Editorial Nuevo Derecho, 1951.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liquidação de sentença*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

YARSHELL, Flavio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo a prova*. Brasil: Malheiros, 2009.

_____. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. Teresa Arruda Alvim [et. al.] (coord.) São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed. 2017.

_____. *Brevíssimas notas a Respeito da Produção Antecipada da Prova na Arbitragem*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 14/2007, p. 52-56, jul.set. 2007.

ZUCKERMAN, Adrian A. S. *Zuckermann on Civil Procedure*. 3ª ed. Londres: Sweet&Maxwell, 2013.

ZIMMERMAN, Reinhard; WITTAKER, Simon. *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.