O uso estratégico da produção antecipada de provas no CPC de 2015

por ***Heitor Vitor Mendonça Sica***[1]
24.jul.2019

O CPC de 1973 previa, entre as "medidas cautelares nominadas", a chamada "produção antecipada de provas" (arts. 846 a 851), procedimento destinado exclusivamente a colher interrogatório da parte, oitiva de testemunhas ou perícia, para que fosse utilizado em processo ulterior (onde a prova seria, aí sim, efetivamente valorada pelo juiz).

Tratava-se de meio tipicamente acautelatório, destinado a colher uma prova que estava sob o risco de se perder. Tratando-se de prova oral, o risco decorria de viagem ou grave enfermidade do depoente (art. 847, I e II). No caso da perícia, tratava-se do risco de impossibilidade futura de sua produção (art. 849), por exemplo, a demolição de um imóvel, que impediria fosse ele avaliado).

Havia ainda meios, embora bem mais limitados, para obtenção prévia da prova sem demonstração de urgência. Referimo-nos, primeiramente, à medida cautelar de exibição de documentos (art. 844, II e III), cuja propositura independia de alegação de risco de perda da prova.

Em segundo lugar, havia o mal compreendido instituto da justificação (arts. 861 a 866) que se prestava a "justificar a existência de algum fato ou relação jurídica, seja para simples documento e sem caráter contencioso, seja para servir de prova em processo regular" (art. 861), mas apenas para inquirição de testemunhas ou juntada de documentos.

---

[1] REFERÊNCIA: http://genjuridico.com.br/2019/07/24/producao-antecipada-de-provas/

A ampliação da produção antecipada de provas pelo CPC de 2015

O CPC de 2015 transformou profundamente a produção antecipada de provas.

A alteração mais relevante, da qual, pensamos, derivam as demais, concerne à **possibilidade de produção antecipada independentemente de demonstração de urgência por risco de perda da prova.**
De fato, a par de prever a produção antecipada de provas quando houver "fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação" (art. 381, I), o CPC de 2015 passou a permitir que as partes venham a juízo exclusivamente para colher prova com o objetivo de se inteirarem das vicissitudes do litígio, seja para "viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito" (art. 381, II) ou para permitir que, com o "prévio conhecimento dos fatos", se possa "justificar ou evitar o ajuizamento de ação" (art. 381, III).

Há, aqui, uma mudança de perspectiva teórica bastante considerável. Antes, reconhecia-se que o destinatário da prova seria fundamentalmente o juiz, a quem cometeria reconstruir os fatos controvertidos em torno dos quais eclodiu litígio, para solucioná-lo por meio de uma decisão imperativa. Agora, reconhece-se que as partes também são destinatárias da prova. Ao proporcionar às partes mais amplas possibilidades de colher provas antecipadamente, podem-se desestimular demandas temerárias e propiciar condições de uma decisão melhor informada para a autocomposição, em sintonia com a diretriz emergente do art. 3.º, § 2.º, do Código.

Essa alteração trouxe consequências.
A primeira é de ordem topológica: uma vez permitida a produção antecipada de provas independentemente da urgência, não fazia mais sentido que o procedimento viesse tratado no contexto da tutela cautelar. O CPC de 2015 aloca-o na parte geral das normas sobre provas.

A segunda consequência está na ampliação dos meios de prova passíveis de colheita antecipada: o art. 382, § 3.º, prevê que as partes podem pedir a produção de "qualquer prova". Não se limita mais à prova oral e à pericial.

A terceira consequência, decorrente da segunda, é a absorção, pela produção antecipada de provas, dos demais procedimentos probatórios que havia sob o

CPC de 1973 suprarreferidos, isto é, exibição de documentos e justificação. A previsão de que é possível às partes pedir a produção antecipada de "qualquer prova" (art. 382, § 3.º) naturalmente abrange a prova documental, ao passo que continua contemplada pelo texto legal a (ainda mal compreendida) possibilidade de pedir produção antecipada de prova "justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter contencioso" (art. 381, § 5.º).

Definição do objeto da prova produzida antecipadamente

Quando a prova é produzida na fase instrutória do processo de conhecimento, seu objeto é definido pela decisão de saneamento e organização (art. 357, II). Essa decisão delimita, pois, o *thema probandum* que, por sua vez, é obtido pelo cotejo da petição inicial, contestação e, quando o caso, réplica. Esse cotejo permite inferir quais alegações são relevantes e pertinentes e, dentro delas, quais foram impugnadas de forma especificada pelo adversário (art. 341) e, portanto, se tornaram controvertidas. Somente serão objeto de prova os **fatos relevantes, pertinentes e controvertidos** e, entre eles, apenas serão objeto de prova pericial aqueles cuja reconstrução exige conhecimentos científicos específicos, dos quais não dispõe o magistrado.

Na produção antecipada da prova, a definição do objeto da prova não se submete a essa forma de construção, pois simplesmente não há uma decisão de saneamento e organização. Contudo, ainda assim se realizará o cotejo das narrativas fáticas apresentadas pelos sujeitos parciais, a partir do qual se extrai o thema probandum. A produção antecipada de prova, salvo na hipótese do art. 381, § 5.º, tem nítido caráter contencioso. A petição inicial deve mencionar "com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair" (art. 382, caput) e, ao fazê-lo, formula proposições em torno da versão fática que o requerente considera correta e que pretende que reste, ao final, comprovada [1]. Afinal, o procedimento inicia-se depois que o conflito já eclodiu e o requerente pretende colher a prova para decidir se promove composição amigável com o outro sujeito (art. 381, II), se ajuíza ação ou se desiste de fazê-lo (art. 381, III).

O requerido pode, por sua vez, "requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato" (art. 382, § 3.º). Não se pode interpretar o termo "fato" de maneira restritiva, pois, do contrário, inviabilizar-se-ia completamente o contraditório do sujeito contra o qual se

pediu a produção antecipada. Em realidade, deve-se entender "fato" como "mesmo episódio da vida em torno do qual houve litígio [2]" ou as questões que gravitam em torno da "mesma relação jurídica [3]".

Ao se oportunizar ao requerido o contraditório, é evidente que se permite que ele apresente a sua versão dos fatos, a qual pretende ver provada, sem que com isso se contrarie o art. 382, § 4.º, segundo o qual o procedimento de produção antecipada de prova não admite defesa. Esse dispositivo legal deve ser compreendido no sentido de que o requerido não apresentará argumentos para indeferimento da pretensão do requerente no plano do direito material, até porque pretensão alguma é deduzida em sede de produção antecipada de provas [4]. Contudo, é evidente que o requerido se contraporá à versão fática enunciada pelo requerente, de modo que a prova a ser produzida antecipadamente recaia sobre os fatos que se revelarem controvertidos no cotejo das manifestações das partes.

Assim, apesar de não haver uma decisão de saneamento e organização na produção antecipada de provas – tampouco, de resto, uma decisão que valore a prova, pronuncie a "ocorrência ou a inocorrência do fato" e "as respectivas consequências jurídicas" (art. 382, § 2.º) –, observar-se-á a mesma lógica da produção da prova no bojo do processo de conhecimento, isto é, seu objeto será formado pelas questões que se revelaram controvertidas em face da contraposição entre as versões fáticas apresentadas pelo requerente e pelo requerido.

Poderes do juiz em indeferir provas em produção antecipada são muito mais restritos

Como é curial, o direito à prova constitui **garantia processual constitucional**. Nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque, "contraditório efetivo e defesa ampla compreendem o poder conferido à parte de se valer de todos os meios possíveis e adequados à reconstrução dos fatos" [5]. O fundamento do direito à prova encontra-se no art. 5.º, LIV, da Constituição da República. Nessa medida, o pedido de produção de provas somente pode ser indeferido, à luz do art. 370, parágrafo único, quando "inúteis ou protelatórias".

Para que a prova se revele inútil, incumbe ao magistrado demonstrar a impossibilidade de, até mesmo em tese e independentemente do seu resultado,

interferir na reconstrução dos fatos controvertidos. Segundo lição de Pontes de Miranda, professada há quase meio século e ainda atual, "a diligência é inútil quando, se fosse produzida, nada adiantaria a quem a requereu [6]".

Pense-se num exemplo trivial: em uma ação de indenização por acidente automobilístico, em que se demonstrou que um dos motoristas envolvidos estava embriagado, em alta velocidade e com o veículo em péssimas condições, torna inútil a produção da prova acerca das condições meteorológicas no momento e no local do acidente: mesmo que esse litigante obtenha sucesso em provar que chovia, essa circunstância em nada alteraria o quadro probatório que aponta para a sua culpa.

Para que a prova se considere **protelatória**, é necessário que se perceba de forma objetiva que a intenção da parte que a requereu é procrastinar o desfecho da controvérsia. Para avaliar o intuito protelatório, é necessário que estejam presentes elementos concretos, em especial, a prática de atos temerários e desprovidos de substância.

Tratando-se de provas produzidas antecipadamente, os poderes do juiz em indeferi-las apresentam-se ainda mais reduzidos por **duas razões fundamentais.**

A **primeira** é que o procedimento de produção antecipada não comporta valoração da prova, tampouco pronúncia sobre a ocorrência do fato, nos termos expressos do art. 382, § 2.º. Na produção antecipada da prova, o juiz não poderia sustentar que uma prova é "inútil", já que essa afirmação somente poderia ser feita à luz da valoração do quadro fático-probatório até então construído. Assim, o juiz não poderia indeferir a prova pericial cuja produção foi requerida antecipadamente, com base no art. 464, § 1.º, II, isto é, quando "for desnecessária em vista de outras provas produzidas". Tampouco poderia o magistrado indeferir a produção antecipada de prova testemunhal sobre fatos "já provados por documento ou confissão da parte", a teor do art. 443, I. Nesse mesmo sentido, Eduardo Talamini [7] exemplifica com o disposto no art. 447, § 4.º, segundo o qual o juiz somente tomará depoimento da testemunha incapaz, impedida ou suspeita "se necessário". A necessidade somente poderia ser analisada à luz de todo o contexto probatório, o que representaria desde logo valorá-lo. Daí conclui o autor que, "em casos como esse, o juiz deve privilegiar a ampla admissibilidade da prova, cabendo ao juiz do processo em que se venha a pretender usá-la desconsiderá-la, se for o caso".

Outrossim, não poderia o juiz pretender afirmar que uma prova é "protelatória" no curso do processo de conhecimento, em que se deduziu pedido de tutela

jurisdicional que precisa ser apreciado em tempo razoável para que o conflito seja composto pela solução jurisdicional adjudicada. Na produção antecipada de provas, não se deduz pretensão alguma nem se pede ao juiz que dê uma solução ao conflito. Ademais, a pendência de uma produção antecipada de prova não impede que a parte interessada ajuíze a medida que entender cabível para proteger o seu direito, o que, portanto, afasta da espécie qualquer possibilidade de o pedido de produção da prova atrasar a solução do conflito.

A **segunda** circunstância a ser considerada, diretamente ligada à primeira, reside no fato de que a produção antecipada de provas está pautada pelo "direito à prova", e não pelo "direito de provar". Essa distinção foi inovadoramente proposta por Flávio Luiz Yarshell na exitosa tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 2009, para o concurso a Professor Titular de Direito Processual Civil, e que influenciou de maneira indelével a redação dos arts. 381 a 383. Segundo a versão comercial daquela tese, o "direito à prova" seria autônomo em relação ao direito material subjacente ao conflito, exercitado no âmbito do procedimento de produção antecipada, e se caracterizaria como "direito simplesmente à produção (obtenção e pré-constituição) de determinada prova, entendida como a prerrogativa de invocar do Estado um ato que se esgote aí" [8]. Já o "direito de provar" seria exercido no curso do processo de conhecimento e se revelaria como "o direito de empregar todos os meios disponíveis para demonstração da verdade dos fatos em que fundada pretensão ou resistência, no contexto de um dado processo cujo objeto é a declaração do direito" [9].
Esse amplo "direito à prova" não assiste apenas ao requerente, mas igualmente ao requerido e demais interessados [10], os quais podem pedir a "produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora" (art. 382, § 3.º). Reconhece-se que esse dispositivo confere nítido caráter dúplice ao procedimento [11], de modo que o sujeito que é citado para participar da produção antecipada da prova tem exatamente os mesmos poderes que aquele que pediu a sua instauração, cabendo-lhe produzir as provas que lhe convierem para as mesmas finalidades previstas no art. 381. A única limitação a esse poder do requerido em pedir a produção antecipada de provas diz respeito ao "mesmo fato" (art. 382, § 3.º), isto é, mesmo "episódio da vida" em torno do qual houve litígio ou mesma relação jurídica, conforme destacado supra.

Ademais, faria pouco sentido limitar o poder do requerido em pedir produção de provas em procedimento instaurado pelo requerente, se bastaria a ele, em

face do indeferimento, ajuizar o seu próprio procedimento. A economia processual recomendaria, indubitavelmente, que o procedimento pendente fosse aproveitado ao máximo, fornecendo aos sujeitos em conflito o maior cabedal possível de informações que lhes permitissem realizar composição amigável ou litigar de forma mais segura.

Conclusão

A amplitude dada pelo CPC de 2015 ao instituto da produção antecipada de prova permite interessantes usos estratégicos do instituto.
Se a prova produzida antecipadamente revelar um cenário desfavorável à parte que a requereu, ela tenderá a desistir de ajuizar demanda e eventualmente se disporá a dar uma solução consensual ao conflito. Uma "derrota" em sede de produção antecipada de provas – decorrente do resultado desfavorável da prova produzida, ainda que ela não seja no próprio procedimento valorada pelo juiz – não gera condenação a verbas de sucumbência.

De outro lado, a **produção antecipada de provas tende a ser muito mais ampla do que seria a produção na fase instrutória do processo de conhecimento que diga respeito aos mesmos fatos.** No primeiro caso, os destinatários da prova são as próprias partes, e será difícil (senão impossível) ao juiz indeferir uma providência probatória por considerá-la inútil ou protelatória. No segundo caso, o juiz assume-se como destinatário primordial da prova e não raro indefere provas, afirmando-se suficientemente convencido, de modo a julgar com maior celeridade.
Ter em mãos, antes do ajuizamento do processo propriamente dito, um material probatório mais robusto representa vantagem manifesta ao litigante.

Amplia-se a possibilidade de obter tutela provisória pelo reforço da demonstração da "probabilidade do direito".

A prova produzida antecipadamente pode permitir ao litigante aparelhar uma ação monitória (conforme dispõe expressamente o art. 700, § 1.º, do CPC) ou mandado de segurança (que pressupõe prova pré-constituída, a teor do art. 6.º da Lei 12.016/2009).

Ademais, e finalmente, a prova colhida antecipadamente pode até mesmo preencher requisitos faltantes para ajuizamento de ação de execução de título extrajudicial, especialmente no tocante à exigibilidade da obrigação. Com efeito, conforme o art. 798, I, "c" e "d", do CPC, o exequente deve aparelhar a

peça inicial com a "prova de que se verificou a condição ou ocorreu o termo, se for o caso" ou "a prova, se for o caso, de que adimpliu a contraprestação que lhe corresponde ou que lhe assegura o cumprimento, se o executado não for obrigado a satisfazer a sua prestação senão mediante a contraprestação do exequente".

---

[1] Lia Carolina Batista Cintra pontuou, com precisão, que, "embora o objeto desse específico processo seja exclusivamente o pedido de produção antecipada da prova, a situação litigiosa – ou potencialmente litigiosa – de direito material deve ser narrada pelo requerente. É a partir daí que poderão ser verificados alguns aspectos relevantes, tais como a própria pertinência da produção antecipada da prova e os sujeitos que podem ou devem participar dessa produção (Litisconsórcio e intervenção de terceiros no processo autônomo de produção antecipada da prova. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coord.). Processo em jornadas: XI Jornadas Brasileiras de Direito Processual e XXV Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual, Salvador: JusPodivm, 2016. p. 583). Tanto é que a petição inicial deve observar, no que couber, os requisitos do art. 319, conforme leciona Humberto Theodoro Jr., Curso de direito processual civil. 58. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1, p. 944.

[2] Essa interpretação é alinhada àquela que se fazia acerca do art. 278, § 1.º, do CPC de 1973 (atinente ao procedimento sumário e que não mais subsiste no CPC de 2015) e ainda se faz quanto ao art. 31 da Lei 9.099/1995, relativos ao chamado "pedido contraposto". Trata-se de meio simplificado de reconvenção por meio do qual o réu, na própria contestação, formula pedido em seu favor, desde que fundado nos "mesmos fatos" que constituem objeto da controvérsia. Confira-se, a propósito, com ampla referência doutrinária, o nosso O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu. São Paulo: Atlas, 2011. p. 174.

[3] Como proposto por Fredie Didier Jr., Produção antecipada da prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (Coord.). Produção antecipada da prova. 2. ed. Londrina: Thoth, 2019. p. 199.

[4] Cassio Scarpinella Bueno pontua, com acuidade, que o aludido § 4.º, "para não atritar com os princípios do contraditório e da ampla defesa, componentes

do modelo constitucional do direito processual civil, deve ser no sentido de que o que está proscrito do procedimento são as discussões relativas à avaliação da prova, que serão feitas a posteriori" (Curso sistematizado de direito processual civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 2, p. 233).

[5] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Garantia de amplitude de produção probatória. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias constitucionais do processo civil. São Paulo: RT, 1999. p. 168.

[6]PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1973. v. 2, p. 516.

[7] TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. Revista de Processo, v. 41, n. 260, p. 75-101, out. 2016.

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

[9] Idem, p. 232-233.

[10] Nesse sentido, pronunciou-se, v.g., Fredie Didier Jr.: Produção antecipada da prova. In: FUGA, Bruno Augusto Sampaio; RODRIGUES, Daniel Colnago; ANTUNES, Thiago Caversan (Coord.). Produção antecipada da prova. 2. ed. Londrina: Thoth, 2019. p.196.

[11]O tema é esclarecido por Flávio Luiz Yarshell: "as peculiaridades da atividade probatória, se não são aptas a automaticamente fazer do autor um réu (e vice-versa), tornam irrelevante a distinção entre eles" (Comentário ao art. 382. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; DANTAS, Bruno; TALAMINI, Eduardo (Coord.). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. 3. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 1.161