



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO

Rodrigo de Abreu

**O interesse processual na produção antecipada de prova fundada nos incisos II e III do
artigo 381 do Código de Processo Civil**

Florianópolis

2021

Rodrigo de Abreu

O interesse processual na produção antecipada de prova fundada nos incisos II e III do artigo 381 do Código de Processo Civil

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu*, Programa de Mestrado em Direito, área de concentração em Direito, Estado e Sociedade, da Universidade Federal de Santa Catarina, para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Pedro Miranda de Oliveira, Dr.

Florianópolis

2021

Ficha de identificação da obra:

Abreu, Rodrigo de

O interesse processual na produção antecipada de prova fundada nos incisos II e III do artigo 381 do Código de Processo Civil / Rodrigo de Abreu; orientador, Pedro Miranda de Oliveira, 2021.

212 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito, Florianópolis, 2021.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Direito processual civil. 3. Produção antecipada de prova. 4. Interesse processual. I. Oliveira, Pedro Miranda de. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Rodrigo de Abreu

O interesse processual na produção antecipada de prova fundada nos incisos II e III do artigo 381 do Código de Processo Civil

O presente trabalho em nível de Mestrado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Luiz Rodrigues Wambier, Dr.
Instituto Brasiliense de Direito Público

Prof. William Santos Ferreira, Dr.
Pontifícia Universidade Católica/SP

Prof. Eduardo de Avelar Lamy, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado adequado e aprovado para obtenção do título de Mestre em Direito.

Prof^a. Norma Sueli Padilha, Dra.
Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFSC

Prof. Pedro Miranda de Oliveira, Dr.
Orientador – UFSC

Florianópolis, 2021.

Este trabalho é dedicado à Barbara e ao Davi.

AGRADECIMENTOS

A conclusão de meus estudos no Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, culminando com esta dissertação, não seria possível sem o apoio e o incentivo de algumas pessoas.

Meus agradecimentos à grande família. A meus pais, Ricardo e Mari, a quem tudo devo. À Jair Wolff (*in memoriam*) e Célia Wolff, que me adotaram como filho. A meus queridos irmãos e cunhados, especialmente ao Fernando, “meu amigo de fé, meu irmão camarada”. A meus estimados sobrinhos: Samuel, Luiza, Isadora, Paula, Antônio, João Pedro, Arthur, Fernanda, Ricardo e Laura.

Meus agradecimentos, também, aos colegas de escritório, em especial, do Núcleo de Direito Empresarial, parceiros na advocacia e na vida, que me presentearam com apoio incondicional e tornaram possível dedicar-me ao estudo acadêmico.

Aos colegas e professores do Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC, em especial, ao Professor Doutor Pedro Miranda de Oliveira, um dos mais proeminentes processualistas brasileiros da atualidade, que aceitou orientar-me neste estudo.

Por fim, meu agradecimento à Bárbara e ao Davi. Não apenas pelo que fizeram (ou deixaram de fazer) para que eu pudesse me dedicar a esta dissertação, mas por serem a razão da minha vida, meus amores, minha felicidade.

Este trabalho tem dois grandes incentivadores, aos quais não posso deixar de render meus mais sinceros e profundos agradecimentos. Ela, há algum tempo, vinha dizendo que eu “deveria escrever um livro”. Ele, com o altruísmo de um verdadeiro amigo, vinha me incentivando a empreender o mestrado. Foram seus “insights” que me trouxeram aqui. Portanto, à minha querida mãe e ao meu prezado amigo André Lupi, muitíssimo obrigado.

“O juiz está no centro de um minúsculo círculo de luz, além do qual tudo é escuridão: atrás dele o enigma do passado, diante dele o enigma do futuro. Aquele minúsculo círculo é a prova”. (CARNELUTTI, 1914)

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a analisar os principais caracteres da ação de produção antecipada de prova prevista no artigo 381 do Código de Processo Civil brasileiro, notadamente, com a adoção, pelo legislador, da possibilidade de produção probatória autônoma em juízo sem a necessidade de demonstração de risco de perecimento da prova. Partindo-se da atividade probatória como elemento indissociável da garantia constitucional do devido processo legal, apresenta-se a concepção atualmente difundida na doutrina processual civil brasileira sobre a existência de um direito autônomo à prova a ser tutelado pelo Estado-juiz, *pari passu* ao direito de provar em juízo. A tutela do direito à obtenção (ou produção) de prova nas hipóteses dos incisos II e III do artigo 381 do Código de Processo Civil brasileiro possibilita a solução consensual de eventual conflito de interesses ou pode servir como importante medida de preparação do titular de um direito para uma possível demanda judicial, sendo providência que encontra inspiração nos protocolos pré-processuais existentes no direito anglo-saxão. Consentânea com o modelo processual cooperativo instituído pelo Código de Processo Civil brasileiro de 2015, a produção antecipada não-urgente de prova alinha-se à tendência de maior autonomia privada no direito processual civil, bem como de privilegiarem-se soluções de conflitos por meios alternativos à jurisdição, segundo um sistema multiportas de acesso à ordem jurídica justa. No entanto, a prática forense tem revelado situações de desvio das finalidades preconizadas para a propositura de ações de produção de prova não fundadas em situações de urgência, gerando a necessidade de um controle de relevância da prova a ser produzida, ou, conforme a hipótese desta pesquisa, pela análise das condições da ação pelo magistrado, notadamente, o interesse de agir (ou interesse processual).

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Código de Processo Civil de 2015. Ação de produção antecipada de prova. Interesse processual.

ABSTRACT

The present study proposes to analyze the main characters of autonomous evidence production procedure according to article 381 of the Brazilian Code of Civil Procedure, notably, with the adoption, by the legislator, of the possibility of evidence production in court without demonstration of risk of evidence perish. Starting from the evidence importance for the constitutional guarantee of the due process of law, the conception currently disseminated in the Brazilian civil procedural doctrine on the existence of an autonomous right to proof to be protected by the judge is presented, alongside of the right to prove in court. The protection of the right to obtain (or produce) evidence in the cases of items II and III of article 381 of the Brazilian Code of Civil Procedure enables the consensual solution of conflicts or can serve as an important measure for a possible lawsuit, finding inspiration in the pre-actions protocols of USA or UK law. Consistent with the cooperative procedural model established by the 2015 Brazilian Code of Civil Procedure, the non-urgent autonomous production of evidence is in line with the trend of greater private autonomy in civil procedural law, as well as of prioritizing conflict resolution by alternative means jurisdiction, according to a multi-door access to the legal system. However, law practice has revealed diversions from the legal purposes of the evidence production based on non-urgent situations, generating the need for a control of the relevance of the evidence to be produced, or, according to the hypothesis of this research, by analyzing the minimum conditions of legal action by the judge, notably, the procedural interest.

Keywords: Brazilian Civil Procedural Law. Brazilian Code of Civil Procedure. Evidence production procedure. Procedural interest.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC - Código Civil

CC/1916 - Código Civil de 1916

CC/2002 - Código Civil de 2002

CDC - Código de Defesa do Consumidor

CF - Constituição Federal

CPC - Código de Processo Civil

CPC/1939 - Código de Processo Civil de 1939

CPC/1973 - Código de Processo Civil de 1973

CPC/2015 - Código de Processo Civil de 2015

DJe - Diário de Justiça Eletrônico

EC - Emenda Constitucional

FPPC - Fórum Permanente de Processualistas Cíveis

IBDP - Instituto Brasileiro de Direito Processual

RE - Recurso Extraordinário

REsp - Recurso Especial

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

TJSC - Tribunal de Justiça de Santa Catarina

TJSP - Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

| | | |
|----------|--|------------|
| 1 | INTRODUÇÃO..... | 15 |
| 1.1 | OBJETIVOS..... | 19 |
| 1.1.1 | Objetivo Geral..... | 19 |
| 1.1.2 | Objetivos Específicos..... | 19 |
| 2 | CONCEPÇÕES ATUAIS SOBRE A FUNÇÃO DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL..... | 20 |
| 2.1 | A ATIVIDADE PROBATÓRIA COMO ELEMENTO ESSENCIAL DA TUTELA JURISDICIONAL DE DIREITOS..... | 32 |
| 2.2 | PROVA E COGNIÇÃO PROCESSUAL..... | 42 |
| 2.3 | DIREITO DE PROVAR E DIREITO AUTÔNOMO À PROVA..... | 47 |
| 2.4 | A PROVA NO SISTEMA MULTIPORTAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS..... | 53 |
| 2.4.1 | A ampliação da autonomia privada no processo civil hodierno..... | 63 |
| 2.4.2 | As partes também são destinatárias da prova..... | 68 |
| 2.5 | PROVA E O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO..... | 72 |
| 3 | A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015..... | 81 |
| 3.1 | PRODUÇÃO DA PROVA X VALORAÇÃO DA PROVA..... | 92 |
| 3.2 | A ANTECIPAÇÃO DA PRODUÇÃO DE PROVA COMO MEIO DE AFASTAR SITUAÇÃO DE RISCO À COGNIÇÃO PROCESSUAL (ARTIGO 381, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL)..... | 97 |
| 3.2.1 | Proteção do direito de provar no processo judicial..... | 98 |
| 3.2.2 | Características..... | 99 |
| 3.2.2.1 | <i>Cautelaridade ou satisfatividade?.....</i> | <i>103</i> |
| 3.2.2.2 | <i>Autonomia ou referibilidade?.....</i> | <i>107</i> |
| 3.3 | A ANTECIPAÇÃO DA PRODUÇÃO DE PROVA COMO MEIO DE SOLUÇÃO IMEDIATA DO CONFLITO (ARTIGO 381, INCISOS II E III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL)..... | 110 |
| 3.3.1 | A inspiração no direito processual anglo-saxão (<i>Disclosure</i> ou <i>Discovery</i> na fase de <i>Pre-action protocols</i>)..... | 116 |
| 3.3.2 | O caráter não necessariamente contencioso da medida..... | 122 |

| | | |
|---------|--|------------|
| 3.3.3 | Produção antecipada não-urgente da prova como manifestação concreta do princípio da cooperação..... | 130 |
| 3.3.4 | Produção antecipada não-urgente da prova como instrumento de ampliação da autonomia privada no direito processual civil..... | 134 |
| 4 | O INTERESSE PROCESSUAL NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA FUNDADA NOS INCISOS II E III DO ARTIGO 381 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL..... | 139 |
| 4.1 | OS ELEMENTOS ARGUMENTATIVOS NECESSÁRIOS AO DEFERIMENTO DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA SEGUNDO O TEOR DOS ARTIGOS 381 E 382 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL..... | 140 |
| 4.2 | O PROBLEMA DO DESVIO DE FINALIDADE DA PRODUÇÃO ANTECIPADA NÃO-URGENTE DE PROVA..... | 143 |
| 4.3 | A ADMISSIBILIDADE DA PRODUÇÃO ANTECIPADA NÃO-URGENTE SEGUNDO A “RELEVÂNCIA DA PROVA”..... | 154 |
| 4.4 | PROPOSIÇÃO DE CRITÉRIOS DE CONFIGURAÇÃO DO INTERESSE PROCESSUAL NA PRODUÇÃO ANTECIPADA NÃO-URGENTE DE PROVA..... | 163 |
| 4.4.1 | O interesse processual como condição da ação..... | 164 |
| 4.4.2 | O interesse-adequação: legalidade da prova e idoneidade do meio probatório..... | 176 |
| 4.4.3 | O interesse-necessidade: impossibilidade de obtenção extrajudicial da prova..... | 179 |
| 4.4.3.1 | <i>Atualidades sobre a produção extrajudicial de prova (atas notariais e documentos eletrônicos).....</i> | <i>181</i> |
| 4.4.3.2 | <i>A presunção de interesse-necessidade na produção de prova testemunhal e pericial.....</i> | <i>184</i> |
| 4.4.3.3 | <i>A presunção de desnecessidade da produção de prova como critério negativo de interesse na antecipação.....</i> | <i>187</i> |
| 4.4.4 | O interesse-utilidade: demonstração de litigiosidade ao menos potencial decorrente do fato probando..... | 190 |
| 5 | CONCLUSÃO..... | 195 |
| | REFERÊNCIAS..... | 200 |

1 INTRODUÇÃO

O tema da prova, seguramente, situa-se entre os assuntos mais importantes da ciência jurídica. E este não é um fenômeno recente. Historicamente, a atividade probatória figura no cerne da estruturação de qualquer sistema de justiça de qualquer país que se identifique como um Estado de Direito.

O processo judicial encontra, na ampla atividade probatória, um dos principais pilares de legitimação da tutela jurisdicional. Assim, para o direito processual, a prova constitui uma questão altamente sensível, objeto de profundas reflexões tanto em doutrina quanto em jurisprudência.

No campo normativo, o direito processual civil brasileiro passou a servir-se de algumas inovações a respeito da atividade probatória, com o advento do Código de Processo Civil de 2015. Celebrado por sua origem democrática, o código em vigor instituiu um novo modelo de relação processual, fundado no princípio da cooperação e na ampliação da autonomia das partes, cujos efeitos também se projetam para a questão da prova e o modo de produzi-la no processo. Disso decorre, por exemplo, a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova pelo magistrado, adequando-o à efetiva capacidade das partes na elucidação dos fatos controvertidos, bem como de estipulação de negócios processuais concernentes à instrução processual.

Outro exemplo de inovação trazida pelo CPC/2015 no tema da prova, a qual motiva e inspira o presente estudo, é a possibilidade de produção judicial de prova fora da respectiva fase instrutória de um processo, não apenas nas situações em que a prova esteja sob risco de perecimento e que imponham seja ela assegurada, mas também como meio de viabilizar a solução consensual do conflito, portanto, dispensando qualquer situação de urgência ou possibilidade de prejuízo à cognição processual.

Com efeito, há muito, os sistemas processuais da tradição da *common law* servem-se das vantagens do amplo conhecimento prévio das partes sobre os fatos, não apenas para a boa estruturação da dialética processual, mas também para evitar que o conflito desague num processo e possa ser solucionado a partir de uma melhor avaliação das partes a respeito de suas chances de êxito em eventual demanda judicial.

Assim, verificada no direito comparado a conveniência de se permitir a obtenção ou produção de prova para qualificar o vindouro debate processual ou, antes, evitar a instauração do processo, além da constatação, pela doutrina processual brasileira, de que há um direito

autônomo à prova, o qual deve ser tutelado independentemente de sua utilização para a formação do convencimento do juiz, houve por bem o legislador do CPC/2015 erigir um procedimento judicial de produção antecipada de prova, quer para afastar situação de risco à cognição processual, quer para satisfazer o direito autônomo à prova, de modo a facilitar a solução consensual de um conflito.

Trata-se, aliás, de inovação que vem ao encontro do sistema multiportas de tutela de direitos, também instituído pela legislação processual brasileira, no sentido de permitir que a jurisdição não seja a única, mas última, alternativa de solução de conflitos intersubjetivos.

Conquanto a produção antecipada de prova sem o requisito da urgência possa ser considerada uma importante novidade do sistema processual no plano da atividade probatória, tal providência não é imune a pretensões espúrias ou degeneradas por quem dela se utiliza. A prática forense tem revelado situações em que o requerente da medida judicial fundamenta sua pretensão na satisfação do direito autônomo à prova, mas o faz com objetivos recônditos e impróprios, potencialmente prejudiciais à imagem, à honra, à intimidade ou à privacidade de outrem, ou ainda de modo a frustrar um negócio lícito e legítimo envolvendo terceiros, ou alcançar informações comerciais ou industriais que, em tese, estariam resguardados na propriedade intelectual alheia. Há, outrossim, situações em que o requerente não busca elucidar ou comprovar um fato já conhecido, mas criar o fato em si e, conseqüentemente, forjar uma pretensão legitimada pela intervenção do Judiciário, cuja atitude vem sendo denominada *fishing expedition* ou *document hunting* no direito anglo-saxão, também configurando o desvirtuamento do direito à obtenção ou produção de prova.

Ocorre que os elementos argumentativos mínimos preconizados pelo CPC para o deferimento da produção antecipada de prova, sem o requisito da urgência, são insuficientes ao afastamento das situações de desvio de finalidade da medida, haja vista a ausência de parâmetros claros de definição do interesse processual como condição da respectiva ação judicial. Eis a hipótese que norteia a presente pesquisa.

Sem a pretensão de esgotar os inúmeros aspectos relacionados ao tema da prova, tampouco da antecipação da produção probatória, o que se busca é oferecer, minimamente, parâmetros de apuração do interesse processual para a propositura da ação de produção antecipada não-urgente de prova, quiçá oferecendo, no plano acadêmico, um mecanismo complementar de alinhamento da pretensão de tutela jurisdicional do direito autônomo à prova às efetivas finalidades atribuídas à medida pela norma processual.

O primeiro capítulo deste estudo é dedicado à exposição de alguns conceitos atuais ligados à atividade probatória no direito processual civil, pelos quais a prova vem sendo considerada não apenas meio de demonstração da ocorrência de fatos relevantes para a solução de um litígio, mas também fundamento para a escolha racional do magistrado no acolhimento ou rejeição das teses jurídicas das partes. Procura-se demonstrar a importância da atividade probatória para a materialização do devido processo legal, como garantia constitucional, fundamental à atividade lógico-investigativa realizada pelo juiz que precede a entrega da prestação jurisdicional. Nesta perspectiva, verifica-se que o direito à prova não é absoluto. Pode, excepcionalmente, sofrer limitações decorrentes de outros valores jurídicos também resguardados pela Constituição. Aborda-se, também, a concepção vigente de que a prova pode ser compreendida como um direito, segundo duas vertentes: a) uma no sentido processual, que considera a prova um instrumento levado ao processo judicial, visando à formação da convicção do juiz, a partir do que se concebe às partes um “direito de provar”; b) outra no sentido material, que considera um direito autônomo da parte obter prova acerca de um fato jurídico de que participe ou tenha interesse, para apresentá-la ou não em juízo, denominado “direito à prova”. Por outro lado, o capítulo inicial deste estudo tem a missão de apresentar o cenário normativo vigente no Brasil, pelo qual se aplicam técnicas plúrimas e integradas de composição de conflitos intersubjetivos, a configurar um sistema multiportas de acesso à ordem jurídica. Neste cenário, conhecer a fundo os fatos e os elementos de prova sobre os quais a parte sustenta sua pretensão de direito material, ou sua resistência à pretensão alheia, é fundamental para a adequada avaliação em torno da conveniência de adoção da jurisdição ou da solução consensual do conflito. Verifica-se, também, que o momento atual do processo civil brasileiro é de ampliação do espaço privado, num modelo processual que procura suavizar o protagonismo do juiz e atribuir maior participação aos sujeitos ativo e passivo da relação jurídica, tanto em relação aos rumos do procedimento judicial a ser efetivado com vistas à tutela do bem da vida disputado entre as partes, quanto – antes – em relação à adoção de medidas que evitem a instauração do processo. Neste sentido, consolida-se na doutrina processual civil brasileira a concepção de que não é mais possível considerar o juiz como único destinatário da prova, quer quanto ao direito de provar no processo, quer em relação ao exercício do direito autônomo à prova por seu titular.

O segundo capítulo, por seu turno, dedica-se a demonstrar que, a partir do CPC/2015, a produção antecipada de provas não apenas manteve sua aplicação para o afastamento de situações de risco à cognição processual, isto é, para assegurar o direito da parte provar em

processo judicial, como também adquiriu, expressamente, a função de possibilitar a solução imediata de um conflito potencial ou atual, ao viabilizar a autocomposição ou mesmo evitar a demanda judicial. Em outros termos, a produção autônoma da prova passa a ser reconhecida não somente como meio de afastar prejuízo à formação do convencimento do magistrado num dado processo, mas também como importante mecanismo indutor da solução consensual do conflito. No primeiro caso, a produção antecipada da prova depende da demonstração de urgência e tem natureza cautelar, em decorrência do vínculo teleológico entre a produção da prova e a tutela jurisdicional a ser prestada em outro processo, enquanto a antecipação da prova não-urgente, como forma de permitir a adoção de meio consensual de solução do conflito, tem natureza satisfativa do direito à prova. A conduta efetivamente cooperativa entre os interessados numa dada situação potencialmente (ou já efetivamente) litigiosa exige total transparência dos elementos de prova disponíveis de parte a parte. Admitir que o interessado esconda algum elemento de prova de que disponha (ou possa dispor) para apresentá-lo apenas na fase instrutória de um processo seria absolutamente contrário à ideia de cooperação, no plano imediato, e evidente entrave à eficiência processual. Verifica-se, ainda, que o legislador do CPC/2015 buscou inspiração nos procedimentos da *discovery* e da *disclosure* dos modelos processuais existentes na tradição da *common law* para erigir uma ação de produção autônoma de prova sem o requisito da urgência.

Por fim, no terceiro capítulo, procura-se identificar situações de uso impróprio da ação de produção antecipada de provas, as razões de ordem normativa que explicam as tentativas de ampliação indevida de seu escopo ou mesmo o uso degenerado por quem a propõe, como o direito comparado lida com tais situações e a necessidade de o Poder Judiciário coibir o desvio de finalidade dessa providência processual. Após uma revisitação doutrinária do conceito de interesse processual como condição da ação, segundo a teoria eclética adotada pelos códigos processuais brasileiros de 1973 e 2015, propõem-se parâmetros específicos de identificação do interesse processual na ação probatória autônoma, à luz do princípio da cooperação e do panorama atual da autonomia privada no processo judicial, a fim de que a utilização da ação probatória autônoma mantenha-se coerente com as finalidades preconizadas pelo legislador e que se confira maior eficiência possível à tutela jurisdicional do direito à prova.

O presente estudo é realizado mediante pesquisa bibliográfica e adota o método dedutivo.

1.1 OBJETIVOS

1.1.1 Objetivo Geral

Demonstrar a necessidade de se coibir o uso degenerado da produção antecipada de provas prevista nos incisos II e III do artigo 381 do Código de Processo Civil, mediante a verificação do interesse processual do proponente, em conjunto com os elementos argumentativos exigidos pelo *caput* do artigo 382 do mesmo código.

1.1.2 Objetivos Específicos

- a) Analisar o papel da produção antecipada de prova sem o requisito da urgência como elemento de afirmação do sistema multiportas de solução de controvérsias, do modelo cooperativo de processo judicial e da ampliação da autonomia privada trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015;
- b) Demonstrar que a produção antecipada de prova prevista nos incisos II e III do artigo 381 do Código de Processo Civil encontra referências nos institutos da *discovery* e da *disclosure* do direito anglo-saxão;
- c) Demonstrar que a produção antecipada de prova, em procedimento judicial autônomo, nem sempre é proposta pelo interessado segundo as finalidades preconizadas pelos incisos II e III do Código de Processo Civil;
- d) Propor critérios objetivos de admissibilidade da produção antecipada de prova não fundada em urgência, segundo a verificação do interesse processual do proponente, em conjunto com os elementos argumentativos exigidos pelo artigo 382, *caput*, do Código de Processo Civil, impedindo-se o desvio de finalidade dessa medida judicial.

2 CONCEPÇÕES ATUAIS SOBRE A FUNÇÃO DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Por volta do ano 3500 a.C., agricultores sumérios registraram os resultados da colheita de grãos da estação em tábuas de argila. Esses registros escritos descobertos no Oriente Médio, onde vicejou a civilização mesopotâmica, não são os mais antigos já encontrados, mas destacam-se por se reconhecer neles um padrão de signos cuneiformes contendo nítida informação sobre a atividade econômica daquele povo. Conquanto se tratasse de um registro informativo trivial do cotidiano dos sumérios, a descoberta e tradução da escrita cuneiforme foi tão relevante para as ciências sociais da modernidade que o período de seu surgimento é também considerado aquele em que surge a própria história da humanidade¹.

E, desde então, o conhecimento sobre os fatos pretéritos, a partir da descoberta e análise dos registros físicos, materiais, que atestam sua ocorrência, não apenas consolida o que o homem sabe sobre o modo de vida de seus antepassados, mas também orienta o próprio modo de vida do homem no presente.

Não seria demasiado afirmar que o processo civilizatório dos povos coincide com o aprimoramento dos métodos de registro, catalogação e acesso às informações cujo vasto acervo compõe o conhecimento humano.

Mas os registros materiais dos fatos do cotidiano não têm apenas valor histórico. No campo jurídico, são absolutamente indispensáveis à sistematização de direitos e à aplicação de métodos eficazes de distribuição da justiça, que, por seu turno, estão entre os maiores desafios enfrentados pela humanidade ao longo de sua trajetória multimilenar.

Segundo Francesco Carnelutti, os meios de comprovação material de um fato jurídico “são assim um equivalente sensível do fato para uma avaliação, no sentido de que proporcionam ao avaliador uma percepção mediante a qual lhe é possível adquirir o conhecimento desse fato”².

Como toda manifestação sensorial, isto é, que se faz sentir no plano físico, não apenas no plano das ideias, o direito se serve de registros materiais, quer na sua criação, quer

¹ SIRUGI, Fernando. *Escrita Cuneiforme*. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/civilizacoes-antigas/escrita-cuneiforme>>. Acesso em 05 de abril de 2021.

² CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999. p. 521.

na sua aplicação. E isso se revela, sobretudo, no direito positivo³, configurando também um traço marcante das sociedades que se organizam como Estados de Direito⁴.

Tanto a criação quanto a aplicação das normas jurídicas são atividades que possuem, no plano dos fatos, motivação retrospectiva e finalidade prospectiva. Isto é, encontram motivação nos registros materiais existentes sobre circunstâncias fáticas pretéritas (por exemplo, a definição de um novo tipo penal, a partir da constatação – fática – de uma nova prática delitiva no seio social) e têm por finalidade atuar sobre a conduta futura do destinatário da norma (por exemplo, a incidência de multa a partir da constatação – fática – do inadimplemento de uma obrigação de fazer).

Assim, a existência de registros físicos, materiais, acerca da ocorrência dos fatos jurídicos é indispensável, seja para a estipulação de um direito, seja para sua concreta aplicação.

Daí por que o tema da comprovação dos fatos jurídicos situa-se entre os mais elementares do Direito. Em qualquer período da história da humanidade, não há sociedade organizada em torno de regras de convivência que não tenha se preocupado, em maior ou menor grau, com tal questão. Foi assim na mesma Mesopotâmia antiga, como se pode extrair das disposições do Código de Hamurábi⁵, e assim é nos países do mundo contemporâneo.

No Brasil, a comprovação dos fatos e atos jurídicos em geral é atualmente tratada nos artigos 212 a 232 do Código Civil⁶.

Contudo, é na atividade jurisdicional do Estado que se faz sentir a imprescindibilidade da demonstração dos fatos jurídicos sobre os quais pende um determinado conflito de interesses.

³ “O direito positivo é constituído pelo conjunto de normas elaboradas por uma sociedade determinada, para reger sua vida interna, com a proteção da força social” (MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 25ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 36).

⁴ Por Estado de Direito, compreende-se aquele caracterizado pela “submissão ao império da lei”, pela “divisão de poderes” e pelo “enunciado e garantia aos direitos individuais” (DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 25ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 102-103).

⁵ O rei Hamurabi governou o primeiro império babilônico, na Mesopotâmia, entre 1792 e 1750 a.C. Em seus últimos anos de governo, mandou erigir em rocha de diorito uma compilação de 282 normas da antiga Babilônia. O chamado “Código de Hamurabi” foi descoberto em 1901 e encontra-se atualmente no Museu do Louvre, em Paris. É conhecido como a codificação normativa mais antiga da história. Ao longo de todo o seu texto, verifica-se a preocupação dos babilônios com a necessidade de comprovação dos fatos para a aplicação da norma. Observe-se, por exemplo, o teor do artigo 1º: “se alguém acusa um outro, lhe imputa um sortilégio, **mas não pode dar a prova disso**, aquele que acusou, deverá ser morto” (grifo nosso) [BUENO, Manoel Carlos (Org.). *Código de Hamurabi*. 1ª. ed. São Paulo: Editora Edijur, 2018, p. 12].

⁶ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o código civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em 07 de abril de 2021.

Neste sentido, afirma Eduardo Talamini⁷:

A necessidade da demonstração dos fatos com o objetivo de se instruir o juiz para o julgamento da causa sempre foi um dos principais pontos sensíveis do processo judicial, daí projetando-se um necessário compromisso com a investigação da verdade na atividade jurisdicional. (...)

O processo destina-se a solucionar o conflito (ou a aperfeiçoar um ato, na jurisdição voluntária), mediante a definição das normas jurídicas incidentes no caso. A produção probatória, como elemento adequado para a reconstrução dos fatos pretéritos (passo imprescindível para se definir quais normas incidiram no caso), é uma importante etapa no exercício da função jurisdicional (...).

Também destacando a particular importância da investigação fática para a tutela de direitos no âmbito da atividade jurisdicional, aduz Robson Renault Godinho⁸:

De nada adianta a lei atribuir ao cidadão inúmeros direitos, se não lhe confere a possibilidade concreta de demonstrar ser titular desses direitos, ou seja, se lhe impõe uma investigação fática capenga, incompleta, impedindo o cidadão de obter a tutela dos direitos pela impossibilidade de demonstrar a ocorrência dos fatos dos quais eles se originam.

Embora o escopo imediato da jurisdição seja a solução dos conflitos intersubjetivos, não se pode olvidar que também a interpretação e o desenvolvimento do direito, em consonância com a dinâmica social, situam-se entre os escopos mediatos da função jurisdicional estatal. Portanto, a investigação dos fatos sobre os quais se sustenta um determinado litígio também importa para a extração do alcance e da profundidade do direito, como reflexo da atividade jurisdicional⁹.

A este respeito, comenta Luiz Guilherme Marinoni¹⁰:

A resolução de conflitos está longe de ser a única função da jurisdição. Cabe ao Judiciário, entre outras relevantes funções, atribuir sentido ao direito e desenvolvê-lo de acordo com a evolução da sociedade.

Uma das consequências do desenvolvimento da teoria da interpretação é a aceitação da indeterminabilidade, menor ou maior, dos resultados extraíveis dos textos legais. Ademais, o juiz, ao interpretar a lei, muitas vezes deve ter em consideração as disposições que instituem direitos fundamentais, as quais, em razão da sua textura aberta, exigem valorações atentas a fatos e valores sociais.

A dissociação entre texto e norma, a técnica das cláusulas abertas e o

⁷ TALAMINI, Eduardo. “Da produção antecipada da prova”. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 2.

⁸ GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 80.

⁹ É clássica a lição de Giuseppe Chiovenda segundo a qual a jurisdição tem a incumbência de “atuar a vontade concreta da lei”.

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. A convenção processual sobre a prova diante dos fins do processo civil. *Revista de Processo*, v. 288, 2019, p. 11-12.

impacto do constitucionalismo, deram à decisão judicial um significado bem distinto daquele imaginado por quem supunha que a missão do juiz era declarar a norma contida na lei. A decisão judicial, não só pela circunstância de que resulta de uma atividade interpretativa que contém valorações e decisões de conteúdos externos ao texto da lei, mas, também, em virtude das regras legais que convidam o juiz à sua concretização segundo as circunstâncias do caso e da imprescindibilidade de a lei ser conformada aos ditados da Constituição, certamente agrega sentido ou substância à ordem legislativa. Essa última, portanto, não é suficiente para orientar a sociedade ou para sozinha espelhar o direito que conduz a vida social.

No processo judicial, é por intermédio da “prova” que as partes procuram levar o juiz ao convencimento sobre a ocorrência dos fatos trazidos ao seio do processo, a partir dos quais se extrairiam as conclusões jurídicas por elas almejadas, num cotejo direto entre a norma (legal ou contratual) evocada e as circunstâncias concretas que imporiam sua aplicação (subsunção normativa).

Sobre a correlação entre os fatos e as provas no processo judicial, afirma Francesco Carnelutti¹¹:

Na linguagem comum, prova se usa como controle da verdade de uma proposição; não se fala de prova senão relativamente a algo que está sendo afirmado, quando se trata de controlar sua exatidão; não pertence à prova o procedimento pelo qual se descobre uma verdade não afirmada, mas aquele pelo qual se demonstra ou se verifica uma verdade afirmada. Desse lado, é justo reconhecer que o objeto da prova não são os fatos, mas as afirmações; as afirmações não se conhecem, mas se controlam, os fatos não se controlam, mas se conhecem”.

Luiz Guilherme Marinoni¹², a propósito da importância da investigação dos fatos para possibilitar a subsunção normativa e qualificar a justiça ofertada pelo Estado, comenta:

De qualquer forma, a descoberta da verdade sempre foi indispensável para o processo. Na realidade, esse é considerado como um dos seus principais objetivos. Por meio do processo (especialmente aquele de conhecimento), o juiz descobre a verdade sobre os fatos, aplicando a esses a norma apropriada. O chamado “juízo de subsunção” representa essa ideia: tomar o fato ocorrido no mundo físico e a ele dar a regra abstrata e hipotética prevista no ordenamento jurídico. A propósito, LIEBMAN, ao conceituar o termo “julgar”, assevera que tal consiste em valorar determinado fato ocorrido no passado, valoração essa feita com base no direito vigente, determinando, como consequência, a norma concreta que regerá o caso.

Considerando que ao Judiciário cumpre aplicar o direito objetivo aos casos concretos – aplicando, em síntese, a ideia de KELSEN, de que dado um

¹¹ CANELUTTI, Francesco. *A prova civil: parte geral, o conceito jurídico da prova*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Pillares, 2016, p. 73-74.

¹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e Convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2015, p. 22.

certo fato deve ser a respectiva consequência –, torna-se evidente a conclusão de que, para que a hipótese prevista na norma seja devidamente aplicada, é imprescindível a adequada reconstrução dos fatos. Cumpre lembrar o genial CARNELUTTI, que, após declarar que o processo é um trabalho, assevera que “aquilo que é necessário saber, antes de mais nada, é que o trabalho é união do homo com a res, sendo que esta coisa vimos estar em torno de um homo: que o homo iudicans trabalhe sobre o homo iudicandus significa, no fundo, que deve unir-se com ele; somente através da união ele conseguirá saber como se passaram as coisas (come sono andate le cose) e como deveriam passar-se, a sua história e o seu valor; em uma palavra, a sua verdade”. Eis a razão pela qual se tem a verdade material (ou substancial) como escopo básico da atividade jurisdicional. Como dizem TARUFFO e MICHELI, embora a verdade não constitua um fim em si mesma, insta buscá-la enquanto condição para que se dê qualidade à justiça ofertada pelo Estado.

Para José Carlos Barbosa Moreira¹³, em um processo judicial “a probabilidade de atingir-se uma decisão justa cresce na razão direta do rendimento dos mecanismos probatórios”, ou seja, quanto “mais abundantes e mais seguros subsídios se puderem obter das provas, tanto menor a margem de erro a que ficará sujeito o órgão judicial, na hora de sentenciar”.

Segundo Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Haroldo Lourenço¹⁴, a prova é:

um instituto essencial para a manutenção do Estado Democrático de Direito e primordial para a consagração da ideia de um processo justo, em consonância com um modelo constitucional de processo, evitando decisões arbitrárias e não fundamentadas. (...) possui íntima relação com o princípio do contraditório, por viabilizar a participação no procedimento de formação da decisão, como afirma a parte final do art. 369 do Código de Processo Civil de 2015.

Indubitável, portanto, a essencialidade da prova como elemento de demonstração concreta dos fatos na seara do processo judicial.

Questão tormentosa, porém, é a de estabelecer-se um conceito estanque sobre a prova, seu objeto e sua função no processo judicial, mais precisamente no processo civil, para onde verte o presente estudo. Em verdade, pode-se verificar na doutrina do direito processual uma miríade de concepções a respeito da prova. Comumente, a definição de prova vem ligada à ideia de reconstituição de um fato, que é demonstrado ao magistrado, capacitando-o a ter certeza sobre os eventos ocorridos e permitindo-lhe exercer a sua função. Não raro, porém,

¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Alguns problemas atuais da prova civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 53, 1989, p. 122.

¹⁴ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; LOURENCO, H. A Teoria Geral da Prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 263, 2017, p. 56.

pode-se encontrar o conceito de prova estabelecido, ora pela sua finalidade, ora pelo resultado proporcionado à relação processual.

Inicialmente, convém lembrar que o conceito de prova não é encontrado exclusivamente no campo do direito. Ao contrário, trata-se de noção comum a todos os ramos da ciência, como elemento de validação de processos empíricos. Todavia, na seara do direito, a prova assume alguns matizes particulares. Segundo Giovanni Verde, o conceito de prova, para a ciência jurídica, não pode ser buscado nas mesmas origens em que é encontrado para as ciências empíricas. É que a ampla liberdade de convencimento que rege a atividade judicial e a fixação de disciplina específica para o aporte de provas ao processo tornam essa noção diversa (e mesmo impensável) para outros ramos da ciência, que também têm sua atividade baseada na reconstrução de fatos. No mesmo sentido, Eduardo Couture entende que a atividade probatória judicial assemelha-se à prova matemática: “é uma operação de verificação da exatidão ou erro de outra operação anterior”¹⁵.

Segundo Giuseppe Chiovenda¹⁶, “provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo”. Já Enrico Tullio Liebman¹⁷ define prova como sendo “os meios que servem para dar o conhecimento de um fato e por isso para fornecer a demonstração e para formar a convicção da verdade de um fato específico”. Para João de Castro Mendes¹⁸, a “prova é pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação através do processo no espírito do julgador da convicção de que certa alegação singular de facto é justificadamente aceitável como fundamento da mesma decisão”. Na concepção de Moacyr Amaral Santos¹⁹, “prova é a soma dos fatos produtores da convicção, apurados no processo”. Cândido Rangel Dinamarco²⁰ afirma que “prova é um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento”, aduzindo ainda que o “objeto da prova é o conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para todos os

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e Convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2015, p. 48.

¹⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. vol. III. 4ª. ed. Campinas: Bookseller, 2009, p. 91.

¹⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. (Trad. Cândido Rangel Dinamarco). vol. 1. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 318.

¹⁸ MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Ática, 1961, p. 741.

¹⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 13.

²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. III. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 42.

julgamentos a serem feitos no processo, não sendo esses fatos notórios nem presumidos”²¹. Para João Batista Lopes²², a prova, “sob o aspecto objetivo, é o conjunto de meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto de meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo. (...) Sob o aspecto subjetivo, é a própria convicção que se forma no espírito do julgador a respeito da existência ou inexistência de fatos alegados no processo”. Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart²³, “a prova, em direito processual, é todo meio retórico, regulado pela lei, e dirigido, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais, a convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objeto de impugnação, feitas no processo”. Já para Cassio Scarpinella Bueno²⁴, considera-se prova “tudo o que puder influenciar, de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor e os eventuais demais pedidos de prestação da tutela jurisdicional que lhe são submetidos para julgamento”.

Há, ainda, na doutrina estrangeira, inúmeras outras concepções sobre a prova²⁵.

Procurando sistematizar as diversas acepções em que a expressão “prova” é

²¹ Op. cit., p. 57.

²² LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 26.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 57.

²⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. vol. 2, tomo I, 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 232.

²⁵ “Probar es aportar al proceso, por los medios y procedimientos aceptados en la ley, los motivos o las razones que prozcan el convencimiento o la certeza del juez sobre los hechos. Prueba judicial (en particular) es todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos” (ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 5. ed. Bogotá: Temis, 2002. t. I. p. 25). “Prueba judicial es aquella que se desarrolla en el proceso con la garantía de los derechos procesales y que forma convicción en el juez debido a que le há permitido verificar los hechos a que se refiere” (MORALES, Rodrigo Rivera. *La prueba: un análisis racional y práctico*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 32). “La prova è il cuore del processo e si radica nella possibilità di persuadere. Si tratta, più precisamente, di una serie di strumenti con i quali viene verificata l’attendibilità o meno di ipotesi di fatto formulate nel processo, al fine di consentire al giudice di attingere la verità ‘probabile’ (única verità conseguibile, dati i limiti immanenti della conoscenza umana) e pervenire, così, ad una applicazione ‘giusta’ delle norme giuridiche alla fattispecie”. PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. Milano: Giuffrè, 2006. p. 279. “Con il termine ‘prova’ si indicano slitamente tutti i mezzi di conoscenza che vengono impiegati nel processo al fine di formulare una decisione intorno alla veridicità o falsità di enunciati relativi ai fatti rilevante della controversia” (COMOGLIO; FERRI; TARUFFO. *Lezioni sul processo civile*. 4. ed. Bologna: Il Mulino, 2006. vol. I. p. 413) e, em outra obra, TARUFFO assim se pronuncia: “la prova è uno strumento che serve per l’accertamento della verità dei fatti rilevanti per la decisione. (...) la prova è uno strumento di conoscenza che serve al giudice per scoprire e stabilire la verità dei fatti, ossia per stoporre a verifica o a falsificazione gli enunciati che costituiscono il thema probandum” (La prova nel processo civile – Trattato di diritto civile e commerciale. Cicu, Messineo, Mengoni e Schlesinger (dir.). Milano: Giuffrè, 2012. p. 63). A doutrina tradicional italiana recebeu importante resenha de: ANDRIOLI, Virgilio. *Studi sulle prove civili*. Milano: Giuffrè, 2008. p. 5-13). Transcrições extraídas de GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 78.

empregada no direito processual, comenta Fredie Didier Jr.²⁶:

No sentido jurídico, são basicamente três as acepções com que o vocábulo ‘prova’ é utilizado: a) às vezes, é utilizado para designar o ato de provar, é dizer, a atividade probatória; é nesse sentido que se diz que àquele que alega um fato cabe fazer a prova dele, isto é, cabe fornecer os meios que demonstrem a sua alegação; b) noutras vezes, é utilizado para designar o meio de prova propriamente dito, ou seja, as técnicas desenvolvidas para se extrair prova de onde ela jorra; nesse sentido, fala-se em prova testemunhal, prova pericial, prova documental etc.; c) por fim, pode ser utilizado para designar o resultado dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos com o intuito de buscar o convencimento judicial e é nesse sentido que se diz, por exemplo, que o autor fez prova dos fatos alegados na causa de pedir.

Marcelo Lima Guerra²⁷ aponta as dificuldades interpretativas decorrentes das diversas acepções assumidas pelo vocábulo “prova” no direito, bem como pelas múltiplas expressões em que é empregado, ainda manifestando haver certas lacunas doutrinárias sobre o tema. Observe-se:

É amplamente sustentado em doutrina que o termo “prova” é utilizado em mais de um sentido, ou seja, para veicular noções distintas. Ademais, o termo “prova” é integrante de expressões compostas – tais como “apreciação da prova”, “finalidade da prova”, “objeto da prova” – e ainda dá lugar à formação de expressões dele derivadas, como “força probatória”, “valor probante”, “fato provado”, entre outras. Todas essas expressões, por sua vez, veiculam noções diretamente relacionadas àquelas veiculadas, ambigualmente, pelo termo “prova”, noções mais complexas que têm, como um de seus “ingredientes” alguma das noções associadas ao termo “prova”. Todas elas compõem o repertório fundamental de noções utilizados pelo intérprete na compreensão do direito probatório.

Como se vai demonstrar, não é oferecida, pela doutrina nacional, uma explicação ou análise minimamente satisfatória de nenhuma dessas noções, a começar por aquelas correspondentes aos diversos sentidos da palavra “prova” – o que já explica a confusão reinante quanto às noções mais complexas compostas por algumas dessas noções. (...)

Apesar do muito que se tem produzido sobre temas como *provas ilícitas* e *ônus da prova*, inclusive, com grande qualidade, quase nada se escreveu de significativo e com a profundidade necessária, sobre um tema crucial, como aquele relativo à valoração da prova (ou “apreciação da prova”). Evidência disso é que um dos pontos mais problemáticos dessa temática – aquele relativo aos *estândares* probatórios – é sistematicamente ignorado na doutrina nacional, com algumas pouquíssimas e honrosas exceções.

Uma questão a se destacar é a da superação da ideia presente em muitos dos

²⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil* - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 43.

²⁷ GUERRA, Marcelo Lima. Sobre as noções probatórias básicas. In: *Coleção Novo CPC – doutrina selecionada*. v. 3: provas. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 145-152.

conceitos de prova acima transcritos, segundo a qual a atividade probatória processual estaria sempre voltada à reconstituição de fatos e à elucidação da verdade, permitindo um juízo de certeza do magistrado sobre o objeto do debate processual.

Michele Taruffo²⁸ afirma que “a concepção da prova como um recurso cujo objetivo é alcançar a verdade dos fatos em litígio pode parecer pouco clara, duvidosa e discutível sob determinados pontos de vista. Por vezes, dúvidas podem surgir devido a inconsistências existentes dentro das teorias do processo”. A partir dessa percepção, o entendimento doutrinário sobre o objetivo da atividade probatória no processo civil vem-se modificando. As manifestações mais atuais sobre o tema partem do convencimento de que a obtenção da verdade seria um objetivo utópico para a atividade probatória processual, sequer alinhado à efetiva finalidade da prova, hodiernamente considerada como simples justificativa para a escolha do magistrado acerca das teses jurídicas veiculadas no processo.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni²⁹:

(...) em todas essas construções observa-se a nítida vinculação à ideia de que a prova se destina ao passado, à reconstrução de um fato pretérito ou, enfim, à verificação desse fato, gerando no juiz a convicção de certeza sobre sua efetiva ocorrência.

Não obstante, como dito antes, essa ideia está superada e sepultada em outros ramos do conhecimento, não se justificando a sua manutenção na ciência jurídica. Como demonstrado, é impossível o restabelecimento dos fatos pretéritos, já que jamais se logrará extirpar toda a dúvida possivelmente existente sobre a efetiva acuidade do juízo de certeza a que se chegou. Vale dizer: a verdade, enquanto essência de um objeto, jamais pode ser atingida se esse objeto está no passado, porque não se pode mais recuperar o que já passou; de outra banda, também a ideia de certeza somente pode ser concebida no nível subjetivo específico, sendo que esse conceito pode variar de pessoa para pessoa – o que demonstra a relatividade da noção. O juiz não é um historiador; se fosse, não deveria ser recrutado dentre bacharéis em direito, mas sim entre graduados em história (certamente muito mais preparados para a pesquisa do passado).

Conclui-se, então, que qualquer dos conceitos acima ofertados, enquanto relacionados a paradigmas já superados do conhecimento, não se presta para uma definição real e adequada do conceito de prova. Importa, assim, buscar nova dimensão para situar o conceito, apta a fazer frente às premissas anteriormente expostas sobre a forma do conhecimento, conforme verificadas pela filosofia atual.

Cumprido reconhecer que o fenômeno probatório assume, atualmente, um caráter multifacetário, capaz de imprimir à figura, conforme o prisma através do qual se a observa, diferentes nuances. Escolhido, arbitrariamente, o ponto de vista da decisão judicial – eleito por ser, afinal, o escopo do processo de conhecimento, e o principal aspecto de preocupação do processualista neste

²⁸ TARUFFO, Michele. *A prova*. (Trad. João Gabriel Couto). São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 16.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e Convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2015, p. 46.

campo –, tem-se que a prova pode resumir-se em um aspecto argumentativo-retórico, apto a justificar a escolha de uma das teses apresentadas pelas partes no processo.

Apesar da polêmica em torno dessa concepção sobre a prova, certo é o progressivo abandono doutrinário do mito da verdade no processo civil, cuja origem é creditada à frustração filosófica sobre o tema inserida nos estudos de Francesco Carnelutti³⁰.

A verdade é um valor absoluto que não comporta relativização. Na atividade reconstrutiva que ocorre no processo judicial, não há integral representação do fato. Mas uma representação parcial, na medida em que é impossível reproduzir historicamente todas as condições físicas, psicológicas, econômicas e outras, que se verificavam no momento da sua ocorrência. Segundo essa lógica, portanto, o processo seria materialmente incapaz de produzir verdade. Na melhor das hipóteses, pode propiciar uma visão parcial, subjetiva, sobre os fatos, mas não pode resgatar o fato em si. Isso quer dizer que o juiz, por meio da prova, não conhece os fatos, apenas uma reconstrução parcial. Pela mesma razão, não conhece a verdade, apenas uma representação parcial dela³¹³².

Partindo dessa premissa, Francesco Carnelutti aponta que a finalidade do processo não é a produção da verdade e sim da certeza. Porém, esta concepção não parece a mais adequada, pois enquanto a verdade é atributo absoluto da coisa, a certeza é atributo absoluto do sujeito que investiga a coisa. E considerando-se que a certeza é construída por nós, intelectualmente, está sujeita a todas as limitações de nosso próprio raciocínio³³.

Cândido Rangel Dinamarco³⁴ afirma que “em todos os campos do exercício do poder, contudo, a exigência de certeza é somente uma ilusão, talvez uma generosa quimera. Aquilo que muitas vezes os juristas se acostumaram a interpretar como exigência de certeza

³⁰ DIAS, Jean Carlos. A dimensão jurídica da prova e sua valoração no moderno estudo do processo civil. *Revista de Processo*, vol. 107, Jul-Set/2002, p. 86.

³¹ Op. cit., p. 87.

³² A título ilustrativo, Jean Carlos Dias afirma que: “uma fotografia de um trecho de um rio não é o próprio rio, tanto porque não o mostra em sua totalidade, como também porque não é o rio, é um objeto diverso que informa nossos sentidos sobre o rio. A verdade somente ocorreria se fosse possível representar integralmente o rio, impressionar nossa mente e nossos sentidos com todos os dados a seu respeito, permitindo que o conhecêssemos efetivamente. Como não é possível a construção de uma representação integral de um rio, também não é possível a representação integral de um fato. Se não há adequação entre a ideia e o objeto, não há verdade. Para sofismar, então, foram criados os conceitos de verdade real e verdade formal (ou processual). No primeiro, atribuía-se a verdade “verdadeira”, ao segundo uma verdade “parcial” na medida que adstrita ao produzido nos autos do processo. Veja-se, ambos os conceitos não mudam, em essência, tudo o que dissemos, porque nem a verdade formal nem a real são verdades na medida em que não representam integralmente os fatos. (Op. cit. p. 88).

³³ Op. cit., p. 89.

³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 238.

para as decisões nunca passa de mera probabilidade”.

Portanto, não seria razoável ou correto afirmar que a finalidade da prova é a produção da verdade, nem a produção da certeza.

Segundo Jean Carlos Dias, “a função da prova não é descortinar a verdade dos fatos, nem tampouco a de produzir uma certeza conclusiva no intelecto do juiz, a finalidade da prova é demonstrar o que provavelmente ocorreu, isto é, quais são provavelmente os fatos”³⁵.

Em sentido próximo, Luiz Guilherme Marinoni afirma que o processo não tem condições de oferecer a verdade absoluta em seu trabalho de aferição dos fatos, haja vista a miríade de interesses envolvidos na relação processual que obstaculiza a “pretensão da verdade”:

O que não se deve tolerar, porém, é transformar o mito da verdade no objetivo único ou principal do discurso processual, exigindo do processo algo que ele não pode dar.

Embora pareça desnecessário, vale recordar que o processo se orienta por vários valores distintos, sendo a “pretensão de verdade” apenas um dos pontos considerados na construção dos procedimentos disponíveis. Em virtude disso, é inequívoco que a importância de outros valores pode implicar limitações – e de fato implica – à investigação da verdade. Apenas como exemplo mais singelo, pense-se na coisa julgada. Sem dúvida, o interesse na preservação da segurança e da estabilidade da decisão judicial acaba por impor condicionantes à verdade (re)construída, o que evidencia a falta de um comprometimento absoluto do processo com a verdade.⁸⁵

Por isso, ainda que em outros campos, o valor “verdade” possa ser tomado de modo autônomo e isolado, o mesmo não ocorre no processo. Aqui, em virtude da concorrência de outros valores e de outros interesses, a “verdade possível” recebe contornos muito limitados.⁸⁶ Embora não se chegue ao extremo de compartilhar da visão que defende a absoluta irrelevância de qualquer âncora do direito e do processo em alguma verdade aproximativa,⁸⁷ é inquestionável que o processo não tem sequer condições de oferecer a verdade absoluta em seu trabalho de aferição dos fatos³⁶.

A partir da constatação de que tanto a verdade quanto a certeza seriam inatingíveis no âmbito de um processo judicial, surgem outras percepções sobre a finalidade da prova, algumas das quais chegam a inferir certa irrelevância da controvérsia fática para o processo.

Neste sentido, afirma Lucas Britto Mejias³⁷:

E não é, mesmo, escopo do processo encontrar a verdade em uma controvérsia fática. A controvérsia fática, pensada em si, é irrelevante para o

³⁵ Op. cit., p. 90.

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e Convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2015, p. 25.

³⁷ MEJIAS, Lucas Britto. “Relação entre busca da verdade, deveres instrutórios do juiz e regras de atribuição de ônus probatório”. In: BEDAQUE, José Robertos dos Santos et al. (Coord.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília, Gazeta Jurídica, 2016, p. 449.

processo. A sua existência sequer garantiria à parte interesse processual. O que importa é resolver a crise na esfera de direitos dos litigantes. Isso não significa, no entanto, que a busca pela verdade deva ser abandonada. Afinal, justamente nos casos em que determinada controvérsia fática gera uma crise de certeza na esfera de direito de determinadas partes – ou ao menos colabora para o seu estabelecimento –, a investigação da verdade assume relevante papel para a consecução dos escopos da jurisdição, tornando-se o mais natural caminho para que sejam atingidos.

Robson Renault Godinho³⁸, por outro lado, critica esse posicionamento e adverte acerca dos riscos de se desvincular o escopo do processo da busca da verdade:

Dissociar a prova da busca da verdade tem levado ao protagonismo judicial que beira a sacralização idiossincrática, permitindo a “criação” do resultado do processo pelo juiz, acrescida da nota da infalibilidade. Considerar que a afirmação sobre um fato está provada nessa perspectiva, é considerar que a fixação de um fato como comprovado é apenas um ato de vontade daquele que é o “destinatário” do resultado da instrução processual.

Luiz Guilherme Marinoni assevera, entretanto, que embora a obtenção da verdade e o juízo de certeza não possam ser objetivos concretos da atividade probatória processual, a tentativa de elucidação dos fatos deve sim ser considerada como uma meta para o juiz. Neste sentido, conclui:

Observe-se, ademais, que a busca pela certeza e pela verdade ideal sempre será a meta do juiz na perquirição dos argumentos probatórios encartados no processo. Esse será, aliás, no mais das vezes, o argumento retórico que legitimará a sua decisão. Todavia, é preciso estar consciente das limitações da ciência processual (como, de resto, de qualquer outra) e, partindo dessa premissa, aprender a lidar mais adequadamente com o instrumento que é posto à disposição do Estado-jurisdição. Não há dúvida de que o ideal não pode ser abandonado – apenas é necessário estar consciente da realidade das possibilidades, porque isso autorizará a estar mais bem afinado com as limitações do meio utilizado, logrando-se, daí, maior efetividade no trato do processo.

Por essa razão, e não obstante as críticas que se levantam contra essa perspectiva, parece que a caracterização da prova como elemento argumentativo habilita o direito processual a dar um passo avante, no aprimoramento de seus institutos e na mais acurada percepção da realidade³⁹.

Segundo tal entendimento, portanto, a prova seria elemento retórico-argumentativo, isto é, um meio de legitimação formal da opção feita pelo magistrado entre as teses jurídicas deduzidas no processo.

³⁸ GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 76.

³⁹ Op. cit., p. 47.

Como diz Michele Taruffo⁴⁰, a prova “assume a função de fundamento para a escolha racional da hipótese destinada a constituir o conteúdo da decisão final sobre o fato”.

Assim, hodiernamente, do ponto de vista conceitual, a prova constituiria, no processo judicial, (a) quanto ao objeto, demonstração de veracidade ou de probabilidade de ocorrência dos fatos narrados pelas partes; (b) quanto à função, fundamento para a escolha racional do magistrado no acolhimento ou rejeição das teses jurídicas das partes.

2.1 A ATIVIDADE PROBATÓRIA COMO ELEMENTO ESSENCIAL DA TUTELA JURISDICIONAL DE DIREITOS

É, porém, sob a ótica do sistema de tutela de direitos estabelecido pela ordem constitucional dos países, que a atividade probatória ganha extrema importância. Configura elemento indissociável da própria ideia de devido processo legal⁴¹.

Ou seja, a atividade probatória não se faz fundamental apenas como meio de elucidação dos fatos em determinado processo, viabilizando a opção do magistrado na entrega da solução jurídica para um dado conflito de interesses submetido ao Poder Judiciário.

A atividade probatória processual é abstratamente válida por materializar o princípio do devido processo legal, sendo dele um componente essencial. Isso se evidencia, especialmente, em países como o Brasil, que erigiu garantias individuais e coletivas ligadas ao direito processual no texto constitucional vigente.

A respeito do princípio do devido processo legal e de como foi estatuído na Carta Magna de 1988, aduz Luiz Rodrigues Wambier⁴²:

O princípio do devido processo legal mereceu expressiva atenção do poder constituinte na elaboração da Constituição de 5.10.88.

De fato, além da notável ampliação da área de abrangência da proteção jurídica, pela inclusão da ameaça ao direito, ao lado da lesão, como suscetível de proteção jurisdicional - inc. XXXV do art. 5.º - a nova Constituição contém diversas outras garantias relativas ao princípio do devido processo legal.

Assim, ainda no art. 5.º, que resume em si todo um capítulo, referente aos

⁴⁰ TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici* – Nozioni generali. Milano: Giuffrè, 1992, p. 421.

⁴¹ O princípio (ou garantia) do devido processo legal é, seguramente, um “supertema” do direito processual e do direito constitucional. Embora importantes, não é pretensão deste estudo aprofundar aspectos ligados à origem do instituto e seus diferentes tratamentos no direito comparado. Mas demonstrar que o direito à prova insere-se no conteúdo desse princípio fundamental, extraíndo-se da associação intrínseca entre a prova e o *due process of law*, a relevância daquela para a efetiva tutela jurisdicional dos direitos.

⁴² WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. *Revista de Processo*, vol. 646, Ago/1989, p. 33.

direitos e deveres individuais e coletivos, no título dos direitos e garantias fundamentais, vale a menção ao inc. XXXVII, que proíbe a existência de juízos ou tribunais de exceção; ao inc. LIII, que dispõe que ninguém será processado ou sentenciado, a não ser por autoridade regularmente investida, e com competência para tal, dentre outros, como se verá, em seguida.

O inc. LIV é enfático e expresso ao consagrar que: "Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Vê-se, desde logo, expressiva menção à constrição judicial de bens, vedada, a não ser que em decorrência de processo adremente previsto no ordenamento jurídico. Nem se fale da garantia da liberdade, cuja privação, também, não poderá ocorrer sem que em razão de determinação emanada de processo previsto na lei.

O inc. LV, de sua vez, garante a ampla defesa e o contraditório, decorrências lógicas do devido processo legal, aos litigantes em geral, inclusive em processos de natureza administrativa.

Além desses, outros incisos, como o LVI, que trata das provas admissíveis no processo, e o LX, que trata da publicidade dos atos processuais, coroam a atenção constitucional ao processo e à anterior previsão legal de suas normas e condições.

Ademais, o § 2.º do art. 5.º dá excepcional amplitude ao princípio ao dizer que: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Daquilo que foi inserido como garantias constitucionais, vinculadas ao princípio do devido processo legal, na Constituição de 5.10.88, resta claro que, de fato, houve excepcional atenção do legislador constituinte para com a adoção das mais amplas garantias ao cidadão no que toca à anterior previsão legal daquilo que possa ocorrer em razão do processo. Trata-se, evidentemente, de expressivo avanço, na exata medida em que o conjunto de tais garantias permite o aprimoramento da legislação processual ordinária, com todas as conquistas oriundas do trabalho hermenêutico e de interpretação doutrinária da matéria.

O princípio do devido processo legal estabelece, em sentido largo, o direito a um processo judicial adequado e justo⁴³. A legitimação da tutela jurisdicional de direitos pela observância de regras preestabelecidas pelo ordenamento jurídico e que resguardem, fundamentalmente, o contraditório e a ampla defesa do réu. A expressão, composta de três partes, significa que a tutela jurisdicional dos direitos pressupõe a existência de um processo judicial; que ele deve ser justo; e deve ser compatível com o ordenamento jurídico, especialmente com os direitos fundamentais⁴⁴.

⁴³ Segundo Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, o processo justo "é um modelo mínimo de atuação processual do Estado e mesmo dos particulares em determinadas situações substanciais. A sua observação é condição necessária e indispensável para a obtenção de decisões justas". (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Direitos fundamentais processuais*. In: SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 700).

⁴⁴ O princípio do devido processo legal pode ser analisado em duas vertentes: a processual (ou procedimental), que impõe que a tutela jurisdicional de direitos (sobretudo os fundamentais: vida, liberdade e propriedade)

Importante destacar que o princípio do devido processo legal é meramente citado no inciso LIV do artigo 5º da Constituição da República vigente e sua observância unida como pressuposto para que “alguém seja privado de sua liberdade ou de seus bens”. Não há, porém, no texto constitucional, o delineamento do conteúdo desse princípio, tarefa sobre a qual a doutrina processual e constitucional, assim como a jurisprudência dos tribunais, vem se debruçando ao longo dos anos.

Para Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, encontram-se “ligadas à concepção de *devido processo legal* (*due process of law*) as regras: a) da acessibilidade econômica e técnica à Justiça; b) do juiz natural; c) do tratamento paritário dos sujeitos parciais do processo; d) da plenitude da defesa, com todos os meios a ela inerentes, especialmente no tocante ao direito de ser informado, à bilateralidade da audiência (contraditoriedade) e ao direito à prova legitimamente obtida ou produzida; e) da publicidade, desde o aforamento da ação da parte, ou da acusação, até o proferimento de sentença, necessariamente motivada”⁴⁵.

Quanto às concepções jurisprudenciais acerca do conteúdo do princípio do devido processo legal, é de se destacar a decisão monocrática proferida pelo Min. Celso de Mello, no Mandado de Segurança n. 26.358/DF. A exemplo do que a Suprema Corte dos Estados Unidos manifestou quando do julgamento do caso *Goldberg vs. Kelly*, referido magistrado definiu no que consistiria o devido processo legal procedimental, asseverando que:

O exame da garantia constitucional do ‘due process of law’ permite nela identificar, em seu conteúdo material, alguns elementos essenciais à sua própria configuração, dentre os quais avultam, por sua inquestionável importância, as seguintes prerrogativas: (a) direito ao processo (garantia de acesso ao Poder Judiciário); (b) direito à citação e ao conhecimento prévio do teor da acusação; (c) direito a um julgamento público e célere, sem dilações indevidas; (d) direito ao contraditório e à plenitude de defesa (direito à autodefesa e à defesa técnica); (e) direito de não ser processado e julgado com base em leis *ex post facto*; (f) direito à igualdade entre as partes; (g) direito de não ser processado com fundamento em provas revestidas de ilicitude; (h) direito ao benefício da gratuidade; (i) direito à observância do princípio do juiz natural; (j) direito ao silêncio (privilégio contra a autoincriminação); e (l) direito à prova. (STF, MS n. 26358/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 27.2.2007).

ocorra pelo intermédio de processos que observem as regras vigentes; e a substancial (ou material), que seria aplicável na proteção destes mesmos bens jurídicos fundamentais, mas no campo da elaboração e aplicação das normas que os regulam. A acepção empregada neste estudo refere-se ao devido processo legal no sentido puramente processual (ou procedimental).

⁴⁵ TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 5.

Vê-se, portanto, que o devido processo legal é princípio constitucional de extensa e complexa acepção. Em seu conteúdo, identificam-se características de um processo justo e adequado em vários aspectos, ligados à jurisdição (v.g., acesso à justiça, tratamento isonômico das partes), aos sujeitos do processo (v.g., juiz natural, representação processual por advogado, contraditório e ampla defesa) e ao objeto (v.g., observância do procedimento estabelecido em lei e proibição de provas ilícitas).

Aliás, mais do que um princípio, é expressivo o posicionamento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que o devido processo legal configura verdadeira garantia constitucional, na medida em que impõe balizas ou limites ao poder estatal em face dos indivíduos ou determina o modo de ser de uma dada atividade do Estado em prol dos particulares.

Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover⁴⁶ afirma que:

Os preceitos constitucionais com relevância processual têm natureza de normas de garantia, ou seja, de normas colocadas pela Constituição como garantia das partes e do próprio processo.

Contraditório, ampla defesa, juiz natural, motivação, publicidade etc., constituem, é certo, direitos subjetivos das partes, mas são, antes de mais nada, características de um processo justo e legal, conduzido em observância ao devido processo, não só em benefício dos litigantes, mas como garantia do correto exercício da função jurisdicional. Isso representa um direito de todo o corpo social, interessa ao próprio processo para além das expectativas das partes e é condição inafastável para uma resposta jurisdicional imparcial, legal e justa.

O *due process of law* constitui, portanto, uma garantia constitucional individual, a qual exige do Estado-juiz a plena observância de certos elementos essenciais de constituição e desenvolvimento de uma relação jurídica processual, a fim de que possa ser qualificada como justa e adequada, assim legitimando o exercício da função jurisdicional estatal que nela ocorra.

E a produção de prova lícita e suficiente à demonstração dos fatos narrados pelas partes insere-se nesse conjunto de elementos indissociáveis da ideia do devido processo legal⁴⁷. Vale dizer: a legitimação da prestação jurisdicional entregue num processo também

⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Prova emprestada*. In: Doutrinas Essenciais de Processo Civil, vol. 4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1072.

⁴⁷ Na concepção de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Haroldo Lourenço, “a prova deve ser compreendida como todo elemento trazido ao processo que possa colaborar na formação da cognição do juiz a respeito da veracidade das alegações fáticas controvertidas e relevantes. Além do mais, possui íntima relação com o princípio do contraditório, por viabilizar a participação no procedimento de formação da decisão, como afirma a parte final do art. 369 do Código de Processo Civil de 2015. A doutrina, com toda a razão, afirma “que a

depende da plena observância do direito à produção da prova pelas partes.

Hugo Filardi aduz que o direito à prova situa-se no rol das garantias constitucionais fundamentais ligadas ao direito processual e que um processo justo pressupõe, além de ampla liberdade argumentativa, um “exaustivo leque probatório”. Observe-se:

Ao jurisdicionado deve ser assegurado todos os meios necessários para influir eficazmente nas decisões judiciais. O processo democrático impõe como fundamento de validade que todos possam deduzir suas alegações sem censuras desmedidas ou desnecessárias e, nesse contexto, o direito a provas adquire proteção constitucional de garantia fundamental do processo. Não há como sustentar o processo justo sem que os jurisdicionados sejam estimulados a participar da relação processual não só com liberdade argumentativa, mas com exaustivo leque probatório⁴⁸.

Da mesma forma, sobre o *status* constitucional do direito à prova, comentam Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Haroldo Lourenço⁴⁹:

É bem difundida a tese de que a prova é um direito com status constitucional, principalmente por força da constitucionalização do processo civil.

Ressalte-se que tal análise não se constitui como uma novidade doutrinária, pelo contrário. Já se afirma, há considerável tempo, que há um direito constitucional à prova, que poderia ser extraído do princípio do devido processo legal e nos seus desdobramentos, como o acesso à justiça, garantindo sua efetividade, pois seria condição *sine qua non* para a realização do direito constitucional de ação.

A relevância das regras sobre o ônus da prova na concretização dos direitos fundamentais levou Canotilho a propor o deslocamento do direito à prova "do estrito campo jusprocessualístico para o localizar no terreno constitucional", identificando uma carência de estudos nessa perspectiva.

Nessa linha, há quem afirme que a fundamentação da decisão é uma forma de controle e fiscalização da atividade jurisdicional pela sociedade e de “participação popular na administração da justiça”, sendo assim, a fundamentação da decisão é essencial ao Direito Probatório.

É de rigor, também, que, concluída a instrução, o juiz forme seu convencimento segundo o princípio da persuasão racional, mencionando na sua decisão como se convenceu a respeito da existência ou inexistência dos fatos, na forma do art. 489, §1º, do CPC/2015.

Para Vitor de Paula Ramos, “se (...) a busca da verdade é um elemento necessário para que a decisão possa ser considerada justa, e se a verdade é necessariamente um elemento

prova é a alma do processo de conhecimento” e, devido a essa essencialidade, o Direito Probatório tem passado por significativas mudanças, principalmente pelas construções doutrinárias e jurisprudenciais. (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; LOURENCO, Hugo. A Teoria Geral da Prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 263, 2017 p. 2).

⁴⁸ FILARDI, Hugo. Ações probatórias autônomas. *Revista de Direito Privado* (São Paulo), v. 102, 2019, p. 146.

⁴⁹ Op. cit., p. 3.

para que o direito tenha sua função básica de orientar condutas, a própria ideia de Estado Constitucional (que, antes de qualquer coisa, é Estado de Direito) não pode prescindir do direito à prova para os litigantes”⁵⁰.

A ampla atividade probatória configura, pois, uma fundamental garantia processual, inclusive, com *status* constitucional. A prestação da tutela jurisdicional efetiva pressupõe a adequada averiguação dos fatos sobre os quais o juiz irá se pronunciar, motivo pelo qual evidencia-se que o direito à prova é corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva assentado na Carta Magna.

Dada a sua relação intrínseca com o princípio do devido processo legal, Flávio Luiz Yarshell⁵¹ defende uma “universalidade” do direito à prova, para a superação dos obstáculos que impedem a plenitude da função jurisdicional estatal e, por conseguinte, o acesso à ordem jurídica justa. Nessa esteira, afirma:

Com efeito, os fatores que dificultam ou, mesmo, que obstaculizam o acesso quer ao Poder Judiciário, quer, mais amplamente, a uma ordem jurídica justa, podem também ser identificados no terreno da prova, prejudicando a respectiva efetividade e, analogamente ao que se passa com o processo e com a jurisdição de uma maneira mais ampla, impedindo que aquela cumpra integralmente com sua função; que, como é sabido, não se circunscreve ao escopo jurídico. Dessa forma, não parece exagerado dizer que a preocupação com universalidade da tutela jurisdicional, conhecida tendência doutrinária que há tempos inspira a revisão dos institutos processuais, passa, nas controvérsias que dependem da resolução de questões de fato, por uma análoga e autêntica universalidade da prova, a ser atingida mediante a superação dos referidos óbices - o que, como exposto anteriormente, melhor se visualiza quando se pensa na prova como ônus ou, por outra forma, nos ônus que são impostos às partes relativamente à prova.

Portanto, segundo tal concepção, o pleno acesso à justiça também perpassa pela observância da adequada instrução processual, como componente fundamental da garantia constitucional do devido processo legal.

Nessa ordem, pode-se afirmar que qualquer limitação indevida à universalidade do direito à prova também configura uma limitação perniciosa ao acesso à justiça e ao devido processo legal.

Porém, como ocorre com todo princípio ou garantia legal, é de se destacar que também o direito à prova, ainda que conformador do devido processo legal, deve ter uma aplicação *cum grano salis*, sobretudo em hipóteses de possível colisão com outros princípios

⁵⁰ RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. *Revista de Processo*, v. 224, 2013, p. 41.

⁵¹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 37.

ou garantias constitucionais fundamentais.

Segundo Hugo Filardi⁵²:

A produção de provas, sob a ótica do modelo constitucional de processo, encontra limitações justificadas e apenas nas hipóteses exaustivamente mencionadas. O direito constitucional à produção de provas comporta ponderações obviamente ajustadas pela calibragem decorrente da incidência de outros princípios constitucionais à situação fática concreta. Somente nessa hipótese, estaremos diante de legítima limitação ao direito constitucional à prova.

Em linhas gerais, o direito constitucional à produção de provas apenas comporta temperamento diante da potencial violação de outra garantia fundamental da Constituição da República Federativa do Brasil.

Portanto, o direito à produção de prova em processo judicial não é absoluto. Pode, excepcionalmente, sofrer limitações decorrentes de outros valores jurídicos também resguardados pela Constituição.

Robson Renault Godinho⁵³, aduz que “o processo visa, portanto, a obter elementos para diminuir, até eliminar, esse estado de incerteza cognitiva. Provas e o procedimento em contraditório possibilitam, assim, a elaboração justificada de uma solução definitiva, com o afastamento daquela ignorância cognitiva até então presente. A admissão dessas provas, contudo, não é absoluta e conta com limitações normativas relacionadas a questões procedimentais, a vedações de meios de prova, impossibilidades materiais, ônus, presunções, relevância lógica e jurídica”.

Eduardo Cambi⁵⁴, por seu turno, afirma:

Deve-se assegurar, pois, o emprego de todos meios de prova imprescindíveis para a corroboração dos fatos. Mas tal assertiva não deve ser encarada de modo absoluto; não se trata de direito fundamental absoluto. O direito ao manejo das provas relevantes à tutela do bem perseguido pode ser limitado, excepcionalmente, quando colida com outros valores constitucionalmente consagrados. Há inúmeras regras que limitam o direito à produção da prova (a exemplo da tutela constitucional do sigilo profissional).

Com o propósito de sistematizar as possíveis limitações ao direito à prova, Leonardo Greco⁵⁵ as estabelece em três categorias: (a) limitações a provas suspeitas; (b) limitações à ordem da relação processual e (c) limitações destinadas a preservar valores constitucionais.

⁵² Op. cit., p. 148.

⁵³ GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 76.

⁵⁴ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 25.

⁵⁵ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. v. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 128.

Neste sentido, elenca um rol de restrições ao direito à prova:

- a) Limitações que visam a repudiar provas supostamente suspeitas:
1. A incapacidade para prestar depoimento pessoal (CPC de 1973, art. 8º; CPC de 2015, art. 71);
 2. A proibição de requerer o próprio depoimento pessoal (CPC de 1973, art. 343; CPC de 2015, art. 385);
 3. A proibição da presença da parte à tomada de depoimento pessoal da outra (CPC de 1973, arts. 344 e 413; CPC de 2015, art. 385, § 2º);
 4. A limitação do depoimento pessoal à forma oral (CPC de 1973, art. 344; CPC de 2015, art. 387);
 5. A proibição de reperguntas pelo advogado do próprio depoente;
 6. A forma escrita da confissão extrajudicial (CPC de 1973, art. 353), flexibilizada no Código de 2015 (art. 394);
 7. A subordinação da prova contra o autor do documento particular à assinatura (CPC de 1973, art. 368; CPC de 2015, art. 408);
 8. As incompatibilidades para depor como testemunha;
 9. As incapacidades para depor como testemunha (CPC de 1973, art. 405, § 1º; CPC de 2015, art. 447, § 1º; Código Civil, art. 228);
 10. Os impedimentos e motivos de suspeição das testemunhas (CPC de 1973, art. 405, §§ 2º e 3º, CPC de 2015, art. 447, §§ 2º e 3º);
 11. A não admissão da prova exclusivamente testemunhal nos contratos de valor superior a 10 salários mínimos (CPC de 1973, art. 401; Código Civil, art. 227);
 12. A não admissão da prova testemunhal sobre fato já provado por documento ou confissão, ou que só por documento ou exame pericial possa ser provado (CPC de 1973, art. 400; CPC de 2015, art. 443);
 13. Os impedimentos, os motivos de suspeição e carência de conhecimentos técnicos ou científicos (CPC de 1973, arts. 423 e 424; CPC de 2015, arts. 467 e 468);
 14. Limitações ao depoimento oral do perito (CPC de 1973, art. 435; CPC de 2015, arts. 477, §§ 3º e 4º).
- b) Limitações que visam a garantir um ordenado desenvolvimento do processo:
1. As preclusões processuais, como a vedação à proposição e produção de provas não requeridas pelo autor na petição inicial e pelo réu na contestação (CPC de 1973, arts. 282 e 300; CPC de 2015, arts. 319 e 336), a proibição de provas novas em grau de apelação (CPC de 1973, art. 517; CPC de 2015, art. 1.014) e a cognição recursal restrita à matéria de direito no recurso especial e no recurso extraordinário;
 2. A proibição de juntada de documentos posteriormente aos articulados (CPC de 1973, arts. 396 a 398, 326 e 327, flexibilizada no Código de 2015, art. 434, parágrafo único);
 3. O prazo para oferecimento do rol de testemunhas (CPC de 1973, arts. 407 e 435; CPC de 2015, art. 357, §§ 4º e 5º);
 4. O número máximo de testemunhas (CPC de 1973, art. 407, parágrafo único; CPC de 2015, art. 357, §§ 6º e 7º);
 5. As restrições à substituição de testemunhas (CPC de 1973, art. 408; CPC de 2015, art. 451);
 6. A limitação temporal aos quesitos suplementares (CPC de 1973, art. 425; CPC de 2015, art. 469);
 7. O prazo para intimação do perito para prestar depoimento oral em audiência (CPC de 1973, art. 435; CPC de 2015, art. 447, § 4º).
- c) Limitações que visam a preservar valores constitucionais:

1. A proibição de provas ilícitas (Constituição Federal, art. 5º, inc. LVI; CPC de 1973, art. 332; CPC de 2015, art. 369);
2. As provas legais de determinados fatos, através dos registros públicos dos fatos da vida civil, como o nascimento, o casamento e o óbito (CPC de 1973, arts. 320, inc. III, e 366; CPC de 2015, arts. 345, inc. III, e 406; Código Civil, arts. 9, 10, 108 e 1.543);
3. As escusas de prestar depoimento pessoal (CPC de 1973, art. 347; CPC de 2017, art. 388);
4. A inadmissibilidade da confissão de fatos relativos a direitos indisponíveis (CPC de 1973, art. 351; CPC de 2015, art. 392);
5. As escusas de exibição (CPC de 1973, art. 363; CPC de 2015, art. 404);
6. A proibição de requisição do processo administrativo fiscal (Lei n. 6.830/80, art. 41);
7. A proibição de acesso a documentos acobertados pelo segredo de Estado (Constituição, art. 5º, inc. XXXIII);
8. Escusas de depor (CPC de 1973, art. 406; CPC de 2015, art. 448; Código Civil, art. 229);
9. A escusa do perito por motivo legítimo (CPC de 1973, art. 146; CPC de 2015, art. 157) sustenta que hoje se reconhece que o sentido substancial do devido processo legal (CF, art. 5º, LV) inclui, para além do direito ao contraditório e à ampla defesa, também o direito à não surpresa (CPC, art. 10) e o direito a influenciar, em limite razoável, a convicção do juiz, referindo o art. 369 do CPC que os meios de prova intentam ‘influir eficazmente na convicção do juiz’.

É justamente a busca pelo adequado balizamento do direito à prova, especificamente, a análise acerca de eventuais limitações à sua produção antecipada, nos casos em que não há urgência na antecipação, tendo-se em conta, de um lado, a necessidade de garantir a universalidade do direito à prova e, de outro, a preservação de valores não menos caros ao direito processual, como a instrumentalidade e a economia processuais, a razoabilidade, a proporcionalidade, bem como a duração razoável do processo (também com *status* constitucional), que anima e inspira o presente estudo, configurando objeto de análise dos capítulos subsequentes.

Luiz Guilherme Marinoni⁵⁶, demonstra, entretanto, que além das limitações ao direito à prova provenientes da ilicitude de sua produção, da subversão da ordem processual ou de eventual conflito com outros princípios ou garantias constitucionais, há também limitações decorrentes da própria amplitude da cognição processual exercida pelo juiz. Afirma que:

A pouca sensibilidade para a necessidade de adequação do processo ao direito material, aliada ao fascínio que o procedimento ordinário despertou nos processualistas, permitiu o surgimento de lacunas no sistema processual

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e Convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2015, p. 52-53.

de tutela dos direitos. Lembre-se que, em determinada época, a instrumentalidade do processo foi confundida com a sua neutralidade em relação ao direito material. Seria necessária apenas uma espécie de procedimento, pois se acreditava que esse teria aptidão para propiciar tutela adequada a todas as situações de direito material, além de se imaginar que ao juiz não deveria ser possível decidir no curso do processo.

É certo que a universalização do procedimento ordinário não prejudicou a todos, não só porque alguns procedimentos especiais foram pensados para algumas situações, e até mesmo para privilegiar certas classes e posições sociais, mas também porque o procedimento ordinário, seguido do processo de execução, pode se apresentar como efetivo para a tutela de determinados direitos patrimoniais.

Porém, a insensibilidade inerente à neutralidade do procedimento ordinário não só deixou os “novos direitos” sem proteção adequada, como ainda conduziu ao abandono das técnicas de construção de procedimentos diferenciados, vale dizer, de procedimentos adequados às diferentes situações de direito material.

Se o procedimento ordinário é neutro em relação ao direito material, ele reserva às partes a possibilidade de discussão de qualquer questão envolvida no conflito de interesses (considerado no plano pré-processual) e ao juiz a cognição plena e exauriente daquilo que o autor levar ao seu conhecimento. Entretanto, para a construção de procedimentos diferenciados, é possível, por exemplo, restringir a matéria que pode ser alegada e provada pelas partes, admitir apenas a produção de prova documental, inserir no procedimento uma técnica que permita ao juiz formar um juízo a partir de parcela das provas que podem ser produzidas (antecipação da tutela) ou ainda conceber um procedimento que possa viabilizar tutela definitiva diante da inércia do réu em apresentar embargos ou mesmo em propor uma “ação inversa”.

Não há dúvida que sempre existiram procedimentos diferenciados, mas esses sempre foram tratados como exceções, e não como imperativos para a prestação da tutela jurisdicional. Por isso, tais procedimentos muitas vezes esconderam privilégios processuais a determinados direitos e posições sociais. Como tais privilégios decorrem da limitação das alegações ou da possibilidade da sumarização do juízo, eles somente podem ser compreendidos a partir da técnica que legitima a restrição da cognição judicial, das alegações e da prova.

Como é fácil perceber, a técnica da cognição possui nítida relação com a temática da prova, especialmente por ter condições de responder a questões extremamente importantes para o seu adequado entendimento: (i) qual é o limite da cognição (ou do conhecimento) do juiz e, assim, qual é a matéria que pode ser objeto de prova, uma vez que apenas pode ser provado aquilo que o procedimento entende que pode ser conhecido?; (ii) a limitação da cognição judicial pode eliminar a possibilidade de a parte apresentar determinada questão ao juiz?; (iii) a restrição da cognição, posta na lei que define a estrutura do procedimento, é válida por si mesma?; (iv) a cognição do juiz pode se contentar, no curso do processo, com parcela das provas que podem ser produzidas pelas partes (com a limitação da participação)?; (v) em que hipóteses o procedimento pode definir a modalidade de prova que pode ser utilizada e, ainda assim, afirmar que a sentença produz coisa julgada material?; (vi) o que acontece nas situações em que o autor produz a denominada “prova escrita” e o réu não apresenta embargos à ação monitória (art. 700 e ss., CPC/2015)?; e (vii) é constitucional pensar em procedimentos

que admitam “decisão final” baseada em parcela das provas que podem ser produzidas (ou nas provas produzidas apenas pelo autor), vinculando a coisa julgada material ou a “estabilidade da decisão” (e não apenas os seus efeitos) à não propositura de uma ação inversa pelo vencido (art. 304, CPC/2015)? Como se vê, a técnica da cognição é importante não só como auxílio na construção de procedimentos adequados, mas também como meio para a aferição da legitimidade dos procedimentos instituídos. A ligação entre a técnica da cognição e o tema da prova reside, basicamente, no fato de essa técnica poder esclarecer: i) aquilo que pode ser conhecido e provado; e ii) a relação entre a intensidade da participação, o juízo e a coisa julgada material.

Ou seja, embora nas ações de rito comum a cognição processual não sofra limitações quanto à amplitude do debate encetado pelas partes, há várias ações de rito especial, cujo espectro da discussão a ser travada pelas partes e analisada pelo juízo sofre restrições, ora por imposição da norma procedimental, ora pela própria natureza da causa.

Dada a fundamental relação entre a atividade probatória e as técnicas de cognição processual, mister uma análise mais acurada em tópico específico.

2.2 PROVA E COGNIÇÃO PROCESSUAL

Primeiramente, é inarredável estabelecer o conceito de cognição processual.

A expressão “cognição” deriva do verbo latino “cognoscere”, que significa “aprender” ou “conhecer”, e do substantivo latino “cognitio”, que significa “conhecimento”⁵⁷. A partir de sua etimologia, a expressão “cognição processual” corresponderia à atividade lógico-investigativa (ou analítica) realizada pelo magistrado acerca das alegações e provas apresentadas pelas partes no processo e que precede a prolação de uma decisão. Assim, mesmo em relação à solução de meros incidentes processuais, a decisão do juiz é precedida, em alguma medida, pela cognição.

Giuseppe Chiovenda⁵⁸ destaca o caráter eminentemente lógico da cognição processual, quando observa que, “antes de decidir a demanda, realiza o juiz uma série de atividades intelectuais com o objetivo de se aparelhar para julgar se a demanda é fundada ou infundada e, pois, para declarar existente ou não existente a vontade concreta da lei, de que se cogita”.

⁵⁷ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 61-62.

⁵⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. vol. III. 4ª. ed. Campinas: Bookseller, 2009, p. 4.

Já na concepção de Kazuo Watanabe⁵⁹:

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso.

‘O juízo – observa Frederico Marques – é fruto e resultado, sobretudo da *cognição* do juiz, o que vale dizer que o elemento lógico e intelectual constitui o seu traço predominante e fundamental’. E acrescenta: ‘A imperatividade do julgado se subordina sempre ao ato de inteligência que o precede e lhe dá substância, visto que provém das indagações realizadas pelo órgão jurisdicional para investigar e resolver a respeito das questões jurídicas e de fato focalizadas no processo’.

A cognição processual, ao mesmo tempo em que orienta o juízo de valor realizado pelo magistrado, seja para resolver questões processuais, seja para resolver o próprio mérito da causa, atribui substância e imperatividade à conclusão jurídica dela resultante, porquanto fruto da apreciação lógica e analítica do juiz.

A qualidade da prestação jurisdicional está diretamente ligada à qualidade da cognição exercida pelo magistrado. Somente pela investigação obstinada e completa dos fatos e fundamentos coligidos pelas partes é que se pode debelar o estado de incerteza e insegurança representado pelo litígio.

Como aduz Robson Renault Godinho⁶⁰:

Em suma, até a decisão final, o processo é composto por afirmações de fatos hipotéticas e tendencialmente incertas, na medida em que cada postulante apresenta uma versão parcial (limitada e interessada) dos fatos. Evidentemente a conduta de uma das partes pode contribuir para dar razão à outra parte e, com isso, ensejar o conhecimento pleno e verdadeiro dos fatos, mas as afirmações sobre os fatos se mostram vinculadas à estratégia argumentativa, fazendo com que, por meio do contraditório, haja constantes “negações de verdade” entre as partes. O processo visa, portanto, a obter elementos para diminuir, até eliminar, esse estado de incerteza cognitiva.

E a prova, como dito anteriormente, é absolutamente indispensável a essa atividade lógico-investigativa que recai sobre as alegações fáticas e fundamentos jurídicos trazidos pelas partes ao processo. Neste sentido, recorre-se novamente ao escólio de Francesco Carnelutti⁶¹, segundo o qual “as provas são um instrumento elementar não somente do processo, mas do direito, e não só do processo de conhecimento, mas do processo em geral;

⁵⁹ Op. cit., p. 67-68.

⁶⁰ Op. cit., p. 76.

⁶¹ CARNELUTTI, Francesco. *A prova civil*: parte geral, o conceito jurídico da prova. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Pillares, 2016, p. 279.

sem elas, em noventa e nove por cento das vezes, o direito não poderia alcançar sua finalidade”.

Tal é a importância da coleta de provas para a cognição que a lei processual, na seara probatória, é normalmente erigida segundo princípios que derivam dessa relação intrínseca, como são os princípios da concentração, da imediatidade (ou da imediação) e da identidade física do juiz. Neste sentido, comentam Fredie Didier Jr. e Paula Sarno Braga⁶²:

A realização da prova ao longo do processo, cujo fim precípua é a certificação do direito material, demonstra uma preocupação do legislador de assegurar, em nosso ordenamento, um procedimento oral, que se caracteriza por:

(a) reunir a instrução probatória (oral) em uma só audiência ou em poucas sessões da mesma audiência – a serem realizadas, ao menos em tese, em breves intervalos –, assegurando-se a proximidade temporal entre o momento da prova e o momento da sentença (princípio da concentração, cf. arts. 455 e 457 do CPC);

(b) garantir o contato direto do juiz com partes e fontes de prova (princípio da imediatidade, cf. arts. 344, 346, 410, 435 e 440 a 443 do CPC), permitindo que absorva e apreenda pessoalmente dados e elementos necessários para a formação de sua convicção e fundamentação de sua decisão; e, enfim,

(c) vincular o juiz que coletou a prova ao julgamento da causa, exigindo-se, pois, que aquele que ultimou a audiência de instrução e julgamento, com a produção de prova oral, seja o juiz da sentença, salvo exceções de lei (regra da identidade física, cf. art. 132, CPC).

Tudo isso, diz-se, para viabilizar o aprimoramento do julgamento do mérito e a consequente certificação (ou não) do direito material.

A cognição processual se verifica em qualquer tipo de processo ou procedimento judiciais. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco (*apud* Kazuo Watanabe), inexistente ação em que o juiz não exerça qualquer espécie de cognição; até mesmo na ação de execução por título judicial, “o juiz é seguidamente chamado a proferir juízos de valor”⁶³. Aliás, como se verá no último capítulo deste estudo, mesmo em procedimentos não contenciosos, há objeto cognoscível a ser analisado pelo juiz, ainda que em análise prévia à prolação de sentença meramente homologatória. Conhecer e julgar são, portanto, atividades marcantes da prestação jurisdicional, seja qual for o ambiente procedimental em que a manifestação judicial ocorra.

Mas não apenas isso. É possível afirmar que as particularidades do direito material a ser tutelado pelo Estado-juiz moldam técnicas diferenciadas de cognição processual, as quais, por vezes, impõem procedimentos especiais de tutela.

⁶² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. *Revista de Processo*, v. 218, 2013, p. 30.

⁶³ WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 41.

Kazuo Watanabe⁶⁴ afirma que a cognição processual pode ser compreendida em dois planos: o da amplitude da cognição (horizontal) e o da profundidade da cognição (vertical). No plano da amplitude, a cognição exercida pelo magistrado poderá ser plena ou limitada (parcial). No plano da profundidade, a cognição processual pode ser exauriente (completa) ou sumária (incompleta).

Em qualquer processo ou procedimento destinado à certificação de um direito, a sentença de mérito haverá de fundar-se – no plano da profundidade – em cognição exauriente das alegações e das provas trazidas pelas partes. É justamente o máximo aprofundamento cognitivo do magistrado que permite a formação da coisa julgada material⁶⁵. Há, porém, situações em que a urgência do provimento judicial não permite uma investigação de máxima profundidade (exauriente), estando o juízo adstrito a uma análise de mera verossimilhança das alegações e de probabilidade do direito a ser resguardado ou satisfeito provisoriamente. Nestas hipóteses, diz-se que o magistrado realiza cognição sumária, no plano vertical. O acolhimento ou rejeição de pedido de tutela provisória de urgência cautelar ou antecipada é exemplo de situação em que o juiz tem autorização legal para exercer cognição sumária. Justamente porque a cognição sumária configura menor profundidade na investigação realizada pelo juiz, a decisão dela resultante não se reveste de coisa julgada material, apenas formal⁶⁶.

Também nos casos em que a análise do magistrado já parte de um direito previamente certificado (como ocorre na fase de cumprimento de sentença ou em processo de execução de título extrajudicial) ou razoavelmente demonstrado (v.g., na concessão de tutela provisória da evidência), há autorização legal para uma cognição processual menos aprofundada.

No plano horizontal, como dito acima, a cognição processual pode ser plena ou limitada (parcial). De modo geral, toda ação judicial que tenha por finalidade a certificação de um direito (instaurando, pois, processo de conhecimento), cujo objeto compraz-se com as técnicas ordinárias de tutela (isto é, um direito tutelável pelo procedimento comum, padrão), deflagra cognição plena do magistrado. Ou seja, a regra é que não haja, no plano da amplitude da cognição, restrição à investigação do magistrado tendente à certificação de um direito.

⁶⁴ Op. cit., p. 127-128.

⁶⁵ Entendida como a qualidade da decisão, após o esgotamento dos recursos cabíveis, que a torna imutável no processo em que proferida ou em qualquer outro, salvo ação rescisória.

⁶⁶ Entendida como mera preclusão, ou imutabilidade da decisão no processo em que proferida, após o esgotamento dos recursos cabíveis.

Contudo, para determinados direitos que possuem características especiais e que, conseqüentemente, requerem técnicas especiais de tutela, assim também impondo procedimentos judiciais diferenciados, a cognição processual deverá estar ajustada, no plano da amplitude, ao exato objeto cognoscível que leve à tutela do direito. Vale dizer, em casos como o da tutela do direito de posse, do direito de exigir contas, do direito a pagar por consignação, do direito à prestação alimentícia, dentre vários outros, as particularidades da relação de direito material subjacente exigem mecanismos específicos de tutela jurisdicional. O direito a alimentos, por exemplo, é de manifesta urgência; sua satisfação não pode esperar os mecanismos ordinários de expropriação previstos no ordenamento processual⁶⁷. A discussão do direito de posse impede que, concomitantemente, as partes discutam o domínio sobre o mesmo bem⁶⁸. O direito de pagar por consignação só pode ser afastado em quatro hipóteses⁶⁹. A análise de contas prestadas em juízo deve ser precedida pela análise sobre a própria existência de obrigação de prestar contas, impondo um procedimento judicial bifásico. São, efetivamente, vários os exemplos de direitos materiais que exigem procedimentos especiais de tutela. Estão previstos tanto na legislação processual codificada quanto na legislação esparsa.

Importa destacar que, nesses casos, também a cognição pode sofrer limitações no plano da amplitude. É de se salientar, por exemplo, no procedimento da ação possessória, que o objeto cognoscível fica adstrito à prova da posse e sua perda ou turbação indevida. No procedimento da ação de consignação em pagamento, a lei processual limita a matéria de defesa do credor/réu e, portanto, o objeto da cognição processual. E isto ocorre, como dito, em outros procedimentos especiais de tutela jurisdicional, os quais viabilizam apenas uma cognição processual parcial (ou limitada), no plano da amplitude (horizontal).

“Duas conclusões básicas”, afirma Kazuo Watanabe⁷⁰, “podem ser assim enunciadas: a) a cognição é antes de mais nada, um ângulo visual importantíssimo no plano teórico e em sua realização concreta; b) é ela, igualmente, uma técnica de extrema relevância para a concepção de processos com procedimentos diferenciados e melhor preordenados à efetiva tutela de direitos materiais”.

Como corolário lógico da limitação da amplitude da cognição, isto é, da investigação do magistrado quando à extensão do objeto cognoscível, tem-se que também o direito à prova

⁶⁷ Art. 912 do Código de Processo Civil.

⁶⁸ Consoante o art. 557 do Código de Processo Civil.

⁶⁹ De acordo com o art. 544 do Código de Processo Civil.

⁷⁰ Op. cit., p. 58.

estaria limitado aos fatos que poderiam ser debatidos pelas partes no processo.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni⁷¹, “a técnica da cognição é importante não só como auxílio na construção de procedimentos adequados, mas também como meio para a aferição da legitimidade dos procedimentos instituídos. A ligação entre a técnica da cognição e o tema da prova reside, basicamente, no fato de essa técnica poder esclarecer: i) aquilo que pode ser conhecido e provado; e ii) a relação entre a intensidade da participação, o juízo e a coisa julgada material”.

Assim, a limitação do direito à prova decorrente da parcial amplitude da cognição processual soma-se às restrições ao direito à prova oriundas da ilicitude de sua produção, da subversão da ordem processual ou de eventual conflito com princípios ou garantias constitucionais.

Como se demonstrará ao longo deste estudo, a análise acerca da viabilidade da produção da prova, sobretudo quando antecipada e sem o requisito da urgência, exige do magistrado um exame, não apenas das possíveis limitações mencionadas no tópico anterior, mas também sobre as características da cognição processual que se exerceria no processo em que supostamente se extrairão conclusões jurídicas do fato probando.

A percepção do magistrado de que a prova – cuja produção antecipada foi requerida – extrapola os limites da cognição admitida na espécie procedimental cabível para a certificação do direito do requerente pode conduzir à inviabilidade dessa produção probatória em juízo, sem que isso configure ofensa à universalidade do direito à prova ao mesmo à garantia do devido processo legal.

2.3 DIREITO DE PROVAR E DIREITO AUTÔNOMO À PROVA

Após analisar a prova como elemento indissociável da garantia constitucional do devido processo legal, fundamental para a atividade lógico-investigativa realizada pelo juiz (cognição processual) que precede a entrega da prestação jurisdicional, convém aproximá-la dos sujeitos do processo e buscar estabelecer, sobretudo em relação às partes, a prova como um direito.

Fredie Didier Jr e Paula Sarno Braga afirmam que “o direito à prova é conteúdo do direito fundamental ao contraditório. A dimensão substancial do princípio do contraditório o

⁷¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e Convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2015, p. 53.

garante. Nesse sentido, o direito à prova é também um direito fundamental”. Anotam que esse direito fundamental também está previsto em tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro: (a) a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporado pelo Dec. 678/1969, no seu art. 8º; (b) o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, incorporado pelo Dec. 592/1992, no seu art. 14.1, alínea “e”. E destacam que, “na forma do § 3º do art. 5º da CF/1988, após a EC 45/2004, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional, são equivalentes às emendas constitucionais”⁷².

O direito à prova opera como um direito à cognição processual do juiz. Corresponde à garantia, em tese, de que a decisão judicial não será produto de uma apreciação arbitrária ou meramente pessoal do magistrado acerca do objeto do litígio.

Leonardo Greco adverte, contudo, que essa concepção pode levar ao entendimento equivocado de que a prova é capaz de eliminar por completo a subjetividade do juiz na apreciação dos fatos, levando à falsa impressão de que magistrado, na atividade cognitiva, está imune a uma avaliação arbitrária. Assevera que a convicção do julgador como função ou finalidade da prova corresponde a uma concepção subjetivista de uma realidade objetiva – os fatos – e contribui para tornar o julgador “um soberano absoluto e incontrolável, por mais que a lei lhe imponha exclusões probatórias, critérios predeterminados de avaliação ou a exigência de motivação. Há sempre uma enorme margem ineliminável de arbítrio, especialmente na avaliação das provas casuais ou inartificiais, como a prova testemunhal (...)”⁷³.

E prossegue:

Por outro lado, as exclusões e regras de avaliação, muitas vezes, em vez de coibir o arbítrio, acabam por favorecê-lo, dificultando a investigação da realidade objetiva. Ao mesmo resultado conduz a exigência de fundamentação, quando reduzida a uma simples verificação extrínseca da razoabilidade da justificativa para o acerto dos fatos. Não disciplinada epistemologicamente, nem preocupada com a maior fidelidade possível à realidade objetiva, a convicção do juiz, como fenômeno psicológico, reduz a prova a um ato de fé, à crença subjetiva do juiz na existência dos fatos, que a lei transforma num juízo de certeza com validade apenas no caso concreto, mas do qual podem resultar a negativa da tutela do direito de quem o tem ou a sua concessão a quem não o tem”⁷⁴.

Historicamente, no Brasil, tratava-se o direito à prova como tendo exclusivo caráter

⁷² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. *Revista de Processo*, v. 218, ano 2013, p. 29.

⁷³ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. v. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 440.

⁷⁴ Op. cit., p. 441.

instrumental. Isto é, concebiam-se a prova com a finalidade única de formar a convicção do magistrado em eventual demanda judicial. Portanto, o valor da atividade probatória sempre esteve vinculado à sua utilidade enquanto instrumento de convencimento do juiz no processo.

Tal visão tradicional sobre o direito à prova pode ser claramente percebida nas palavras de Eduardo Cambi, para quem a finalidade da prova é o alcance de uma tutela jurisdicional justa. Assevera que, “nesse contexto, 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, influenciando, assim, no convencimento do julgador”⁷⁵.

Inclusive, em concepções doutrinárias mais recentes, é possível verificar a análise do direito à prova eminentemente sob o prisma instrumental, como dito acima, cujo valor está vinculado à utilidade da prova na formação da convicção do magistrado no âmbito de um processo.

Neste sentido, Fredie Didier Jr. e Paula Sarno Braga afirmam que “o direito fundamental à prova tem conteúdo complexo. Ele compõe-se das seguintes situações jurídicas: (a) o direito de produzir provas; (b) o direito de participar da produção da prova; (c) o direito de manifestar-se sobre a prova produzida; (d) o direito ao exame, pelo órgão julgador, da prova produzida”⁷⁶.

Nada obstante, este panorama modificou-se, substancialmente, a partir dos estudos de Flávio Luiz Yarshell, que, em 2009, publicou a obra “Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova” (São Paulo: Malheiros, 2009, 478 páginas), correspondente à tese por ele apresentada no concurso para o cargo de professor titular da Universidade de São Paulo.

Nessa obra, o referido processualista demonstra que a prova pode ser compreendida como um direito, segundo duas vertentes: a) uma no sentido processual, que considera a prova um instrumento levado ao processo judicial, visando à formação da convicção do juiz, a partir do que se concebe às partes um “direito de provar”; b) outra no sentido material, que considera um direito autônomo da parte obter prova acerca de um fato jurídico de que participe ou tenha interesse, para apresentá-la ou não em juízo, denominado “direito à prova”.

⁷⁵ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 34.

⁷⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. *Revista de Processo*, v. 218, ano 2013, p. 30.

A propósito, elucida Flávio Luiz Yarshell⁷⁷:

Os aspectos assim destacados, conforme já ficou sugerido, apontam para a existência de um direito à prova autônomo, isto é, sem vinculação direta e necessária com a declaração do direito pelo juiz, em dado caso concreto. Trata-se de um direito cujo objeto limita-se à obtenção de certa prova e que, também não vinculada a situações de urgência.

Posto dessa forma, o direito à prova pode ser entendido, então, como o direito à busca, à obtenção e à pré-constituição daquela. É o que na doutrina francesa recente se chamou de "direito à prova em sentido estrito".

Aceita que seja essa proposta de terminologia, haverá, então, dois conceitos distintos: o *direito de provar* e o *direito à prova*.

A primeira dessas expressões, coerentemente com o que já se expôs, designa o direito de empregar todos os meios disponíveis para demonstração da verdade dos fatos em que fundada uma pretensão ou resistência, no contexto de um dado processo cujo objeto é a declaração do direito. (...)

Sob ângulo diverso, o direito à prova, por seu turno, pode ser entendido não exatamente como uma das posições jurídicas integrantes do feixe que o direito de ação e o de defesa englobam; ou, ainda, não como um mero desdobramento do direito de invocar um provimento jurisdicional que declare o direito em dada situação concreta. O que há é um direito simplesmente à produção (obtenção e pré-constituição) de determinada prova, entendido como a prerrogativa de invocar do Estado um ato que se esgote aí.

A partir da dicotomia delineada por Flávio Luiz Yarshell, fica evidente que a pretensão de obter ou produzir prova, por intermédio do aparato judiciário, não significa necessariamente buscar o caráter meramente instrumental da prova em relação à comprovação de um fato jurídico. Há, pois, um direito material à obtenção ou produção da prova, posto à disponibilidade de quem tenha participação direta ou legítimo interesse no registro de um fato jurídico e com o atributo da autonomia, isto é, que o seu exercício não está vinculado à apresentação da prova em outro processo, nem havendo finalidade exclusiva de formar o convencimento do magistrado.

Estabelecida tal distinção, convém retomar a análise da atividade probatória. Primeiramente, sob o prisma processual, isto é, segundo o “direito de provar” em juízo.

Francisco de Mesquita Laux⁷⁸, aduz que:

Enquanto prova pode ser definida como demonstração, provar significa demonstrar; em outras palavras, o direito de provar é garantido através da utilização, pelas partes, de “todos os meios disponíveis a fim de se demonstrar a verdade dos fatos em que fundada uma pretensão ou resistência”, fornecendo instrumentos aptos à construção, por outrem, de

⁷⁷ YARSELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 232-233.

⁷⁸ LAUX, Francisco de Mesquita. Relações entre a antecipação da prova sem o requisito da urgência e a construção de soluções autocompositivas. *Revista de Processo*, v. 40, n. 242, 2015, p. 457.

conclusões lógicas a respeito de alegações de fato.

Algo que se pode constatar, até certo ponto sem grande dificuldade, guarda relação com a possibilidade de discernimento entre o instituto da prova da atividade de provar. Entre o vocábulo e o verbo, portanto, reside uma importante distinção. Esse discernimento, de considerável relevância para a presente investigação, passa, inexoravelmente, pela revisão do conteúdo do que se convencionou chamar de direito à prova.

Referido autor afirma que o direito de provar compreende: (a) buscar a prova e a ela ter acesso; (b) requerê-la; (c) tê-la admitida; (d) participar da respectiva produção; e, por fim, (e) obter a correspondente valoração⁷⁹.

Para Flávio Luiz Yarshell, o direito de provar “designa também o direito de atuar concretamente na formação do convencimento do juiz a propósito dos fatos, através de todos os meios, diretos e contrários, de que se disponha. Nela estão abrangidos o requerimento, a admissão, a produção e a valoração da prova em juízo”. Para o aludido processualista:

o direito de provar considera-se compreendido nos direitos de ação e de defesa, deles sendo uma espécie de desdobramento. Sob essa ótica, o direito de ação não se resume à mera prerrogativa de invocar a tutela jurisdicional e de dar início ao processo, sendo compreendido sob uma perspectiva analítica, que enfeixa uma série de posições jurídicas ativas do autor; dentre as quais o direito de provar as alegações de fatos controvertidos, pertinentes e relevantes. Ainda sob esse prisma, não se pode conceber um direito de provar que não seja associado ao exercício do direito de ação ou de defesa, entendido tal exercício não exatamente como invocação autônoma da prova, mas como um provimento jurisdicional apto a solucionar – mediante a atuação da vontade do direito objetivo – determinada crise situada no plano do direito material.

Então, aceitando-se que o direito de provar seja inerente aos direitos de ação e de defesa, aquele primeiros então, apresenta-se de forma indissociável dos demais, assim como se apresenta indissociável de um processo cujo objeto (pretensão) não é exatamente a produção da prova. No apontado contexto o direito de provar está atrelado à declaração do direito pela sentença (ou, por outra forma, ao direito de obter a sentença). A parte só pretende produzir a prova porque pretende um provimento jurisdicional a projetar efeitos sobre certa situação da vida. Não se busca, em suma, apenas produzir a prova.⁸⁰

Por outro lado, o direito à prova, no modelo constitucional de processo, surge de maneira autônoma e sem compromisso com a tutela de outro direito material⁸¹.

Para José Manoel de Arruda Alvim Neto⁸², fala-se em tutela do direito à prova nas

⁷⁹ Op. cit., p. 459.

⁸⁰ Op. cit., p. 241.

⁸¹ FILARDI, Hugo. Ações probatórias autônomas. *Revista de Direito Privado*, v. 102, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 13.

⁸² ARRUDA ALVIM NETO, José Manuel de. *Novo Contencioso Cível no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 252.

“situações em que a parte tem interesse exclusivamente na produção de prova, não necessariamente para conservar um direito futuro. Falamos nesse caso de um direito autônomo à própria prova, não vinculado a outro direito material”.

Flávio Luiz Yarshell⁸³ explica que:

Se existe um direito de invocar um provimento jurisdicional de mérito pelo qual se declare o direito no caso concreto, parece existir também o direito de invocar um ato estatal de mera obtenção e pré-constituição de prova, desvinculado da declaração do direito. Ou, sob ótica ainda um tanto diversa, mas na mesma linha de raciocínio (de autonomia do direito à prova): o direito de ação, garantidor da chamada inafastabilidade do controle jurisdicional, pode também abranger o direito de invocar um provimento cujo objeto seja exclusivamente a produção de determinada prova. (...) pensar no direito à prova como abrangente de um direito à investigação ou um direito à pré-constituição da prova é também supor a existência de um direito cujo conteúdo se limita à garantia de acesso, descoberta e documentação de certos fatos mediante a intervenção estatal, de forma desvinculada de um outro pleito de provimento jurisdicional. (...) A ampliação dos canais de acesso à prova reforça a tese segundo a qual existe um direito à busca e pré-constituição da prova mesmo fora das hipóteses de urgência e sem vínculo direto e necessário com a declaração do direito no caso concreto.

Tal evolução da concepção doutrinária, com a compreensão da existência de um direito material autônomo à obtenção ou produção judicial da prova, para além do direito de provar em juízo, também se difundiu na seara jurisprudencial.

Inicialmente, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, os tribunais pátrios não admitiam a pretensão de produção de prova fora do âmbito puramente instrumental (da parte obter a prova para levá-la a um processo já instaurado ou por instaurar-se), ainda dependendo, a antecipação da produção da prova, da comprovação do risco de periclitamento que tornasse inviável aguardar a respectiva fase instrutória do processo em que se buscava a tutela do direito material litigioso.

As exceções repousavam no procedimento judicial de *habeas data*⁸⁴, previsto na Lei nº. 9.507, de 12 de novembro de 1997, na medida cautelar de exibição de documentos (art.

⁸³ Op. cit., p. 239-241.

⁸⁴ “Art. 7º. Conceder-se-á *habeas data*: I - para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público; II - para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo; III - para a anotação nos assentamentos do interessado, de contestação ou explicação sobre dado verdadeiro mas justificável e que esteja sob pendência judicial ou amigável”. (BRASIL. Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997. *Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19507.htm>. Acesso em 17 de abril de 2021).

844)⁸⁵ e no procedimento de jurisdição voluntária de justificação (art. 861 a 866) – estes previstos no Código de Processo Civil de 1973 –, as quais eram consideradas medidas judiciais autônomas, vale dizer, que dispensavam a instauração de um processo principal, porém tomadas com função instrumental em relação a um direito material diverso do direito de obter a prova em si.

Contudo, tal perspectiva se alterou significativamente. Mesmo antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015, os tribunais pátrios passaram a acolher a pretensão de obtenção ou produção de prova em juízo fundada no direito autônomo da parte obtê-la ou produzi-la.

A título ilustrativo, colaciona-se o seguinte aresto proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

Atualmente se reconhece a existência de um direito autônomo à prova, assentado na possibilidade de a pessoa requerer o esclarecimento sobre fatos que a ela digam respeito independentemente da existência de um litígio potencial ou iminente, alterando-se o protagonismo da atividade instrutória, que passa a não ser mais apenas do Poder Judiciário, mas também das partes, a quem a prova efetivamente serve⁸⁶.

A distinção entre o direito de provar e o direito à prova tem especial relevância para o presente estudo, haja vista que tal concepção é responsável pela estruturação de uma ação autônoma de produção antecipada de provas no Código de Processo Civil de 2015, a qual é objeto de análise dos capítulos subsequentes.

2.4 A PROVA NO SISTEMA MULTIPORTAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

As discussões inauguradas na Europa e na América do Norte nos anos 1970, que preconizavam a ampliação do acesso à justiça, chegaram ao Brasil com alguns anos de atraso.

Foi por intermédio dos estudos comparativos de sistemas judiciários, apresentados pelo professor Mauro Cappelletti, da Universidade de Florença, em conjunto com o professor

⁸⁵ “Art. 844. Tem lugar, como procedimento preparatório, a exibição judicial: I - de coisa móvel em poder de outrem e que o requerente repute sua ou tenha interesse em conhecer; II - de documento próprio ou comum, em poder de co-interessado, sócio, condômino, credor ou devedor; ou em poder de terceiro que o tenha em sua guarda, como inventariante, testamentário, depositário ou administrador de bens alheios; III - da escrituração comercial por inteiro, balanços e documentos de arquivo, nos casos expressos em lei”. (BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o código de processo civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em 20 de abril de 2020).

⁸⁶ Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.632.750/SP, Relatora: Min. Nancy Andrighi, DJe 13/11/2017.

estadunidense Bryant Garth, na obra “Acesso à Justiça”⁸⁷, de 1978, que o meio acadêmico brasileiro passou a gerar propostas legislativas de criação de mecanismos de ampliação do acesso à justiça. Remontam a esse movimento de busca pela ampliação do acesso à justiça no Brasil, por exemplo, a Lei dos Juizados de Pequenas Causas (Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984), a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990), o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990), projetando efeitos também na reforma do Código de Processo Civil de 1973, iniciada em 1994.

Dentre os mecanismos de ampliação do acesso à justiça propostos por esse movimento iniciado nos anos 1970, estava o desenvolvimento das denominadas ADR (*Alternative Dispute Resolution*), como opção ao sistema jurisdicional tradicional e inicialmente pensadas para a resolução de conflitos intersubjetivos de menor complexidade, que poderiam ser equacionados de maneira mais simples e rápida⁸⁸.

Para Humberto Theodoro Júnior *et al.*:

O efeito mais imediato das ADR seria aliviar o maquinário oficial da justiça civil, que é simplesmente incapaz, do ponto de vista quantitativo, de atender a uma crescente ‘exigência de justiça’. Por outro lado, é também importante compreender a ideia de que a justiça não pode necessariamente ser encontrada apenas nos tribunais, mas que pode ser encontrada ‘em muitas salas’; e a ideia de que certas técnicas de ADR, em especial a mediação, servem ao objetivo de diversificar e enriquecer a oferta de justiça, e são mais adequadas para garantir uma solução satisfatória de certas categorias de disputas legais⁸⁹.

Sob tais premissas, as ADR passaram a ser consideradas importantes medidas de redução das taxas de congestionamento da jurisdição. A convicção de que o sistema estatal de solução de controvérsias, centrado na jurisdição, seria cada vez mais ineficaz na tarefa de tutelar direitos e harmonizar o convívio social, especialmente num cenário de crescimento populacional exponencial pós-guerras mundiais, gerou a defesa da ampliação do uso de

⁸⁷ Nesta obra, a partir da percepção generalizada de que o processo judicial inibia acessibilidade, por ser um instrumento jurisdicional caro, demorado e centrado em demandas individuais e patrimoniais, os autores propunham três “ondas renovatórias” de ampliação do acesso à justiça. A primeira, voltada à redução do custo do processo e gratuidade de justiça às pessoas economicamente necessitadas. A segunda, dirigida à tutela de direitos supraindividuais. E a terceira, direcionada à celeridade da tutela de direitos, entre outras medidas, pela ampliação da representação em juízo e pela adoção de meios alternativos de solução de controvérsias. (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988).

⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 244.

⁸⁹ Op. cit., p. 244.

métodos alternativos de solução de conflitos.

Assim, a par da visão puramente técnica acerca do funcionamento da jurisdição, ganha espaço, no fim do século XX e início do século atual, a preocupação dos cientistas do direito processual com a implantação de métodos alternativos de composição de litígios, cuja motivação seria a criação de novas vertentes de acesso à justiça denominadas “coexistenciais” por Mauro Cappelletti.

Neste sentido, Humberto Theodoro Júnior *et al.* relatam exemplos de alterações nas legislações processuais italiana, francesa e alemã, com fundamento na ampliação do uso das ADR:

São vários os expedientes a que recorrem os legisladores reformistas, podendo-se ressaltar, no entanto, a recorrente perseguição a duas metas: a desburocratização do processo, para reduzir sua duração temporal, e a valorização de métodos alternativos de solução de conflito, dentre os quais se destaca a conciliação (seja judicial ou extrajudicial).

Na Itália, por exemplo, além de várias alterações no texto de seu Código de Processo Civil, até a Constituição foi revista para que restasse proclamado o direito de todos a um “processo justo”.

Declara, nessa ordem de ideias, o art. 111 da Carta italiana, na dicção remodelada em 1999, que “a jurisdição é praticada mediante o justo processo regulado pela lei”, e que “todo processo se desenvolve no contraditório entre as partes, em condições de paridade, diante de juiz neutro (*terzo*) e imparcial”, e ainda que “a lei lhe assegurará uma duração razoável”.

Diante da patente incapacidade do sistema institucional para, a contento, fazer frente à demanda social de justiça, o Direito positivo italiano insere, em seu CPC e em leis extravagantes a previsão e o estímulo de meios alternativos de resolução de conflitos, como a conciliação, cuja tentativa, a requerimento dos interessados, o juiz deverá “provocar” na audiência designada para comparecimento das partes (novo art. 185 do Codice).

Nas relações de trabalho, há previsão de tentativa de conciliação em caráter obrigatório, podendo ocorrer judicialmente, por via sindical ou administrativa. Outras previsões legislativas de tentativa de conciliação referem-se aos conflitos societários (facultativa) e agrários (obrigatória) e às causas de separação e divórcio (também necessária).

Na França, relata Roger Perrot, trava-se uma luta há meio século para modernizar a justiça e o processo, com “uma única e mesma preocupação, a de aceleração da justiça”. Informa, outrossim, que a fluidez do processo civil francês tem sido favorecida pela “solução alternativa dos litígios”, que o Direito positivo estimula por meio da conciliação e da mediação. De duas maneiras o problema é enfrentado: a) incluindo-se entre as funções do juiz “a missão de conciliar as partes” (Novo CPC francês, art. 21); ou b) instituindo, em todo órgão judicial, a figura de um elemento auxiliar do juiz, denominado conciliador, que atua preventivamente para evitar a instauração do processo, e também durante o curso deste, para tentar conduzir as partes a encerrá-lo de forma consensual. Com a introdução do meio alternativo de conciliação, o Direito processual francês, segundo Roger Perrot, busca atender à ideia de que, na atualidade, “o jurisdicionado aspira a uma justiça mais simples, menos solene, mais próxima de suas preocupações

quotidianas, àquilo que numa palavra se denomina justiça de proximidade”. Não tem sido diferente a história recente do Direito processual alemão. As reformas do ZPO ocorridas ao longo do século XX compreenderam, acima de tudo, medidas “destinadas a descongestionar os tribunais”, reforçando, por outro lado, os poderes do juiz na busca do esclarecimento em torno da verdade. Já no século XXI, uma grande reforma consumada em 2001 voltou-se, entre outras matérias, para o incremento das soluções conciliatórias do litígio, tanto judiciais como extrajudiciais, tornando obrigatória a respectiva tentativa em vários casos⁹⁰.

Como dito anteriormente, apesar do atraso, o Brasil não ficou alheio às reflexões do mundo ocidental a respeito do acesso à justiça, promovendo medidas legislativas que se intensificaram após a Constituição de 1988, especialmente em relação à adoção de métodos alternativos de solução de conflitos.

Em 1995, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei n. 9.099/95), aplicável a casos considerados “de menor complexidade” (art. 3º), estimulava a conciliação, mediante a instituição de uma audiência inicial específica para tentativa de composição entre as partes, com a possibilidade de conversão do rito judicial em procedimento arbitral, conforme artigos 24 a 26⁹¹. Em 1996, entrou em vigor a Lei da Arbitragem (Lei n. 9.307/96), instituindo um novo procedimento arbitral, com vistas à facilitação da adoção deste método heterocompositivo privado para a solução de conflitos.

No ano de 2010, o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Resolução 125, cujo objeto era o estabelecimento de uma política nacional sobre métodos alternativos de solução de conflitos. “Esse documento”, afirmam Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira e Clara Araújo Salim, “inicia o marco em que a justiça multiportas passa a tomar grandes proporções, e nele é instituída a Política Judiciária Nacional, que atribui ao órgão judiciário o dever de estimular, apoiar e difundir as técnicas utilizadas em meios consensuais e alternativos de efetivar a justiça, além de prestação de atendimento e de orientação ao cidadão”⁹².

⁹⁰ Op. cit., p. 245-247.

⁹¹ “Art. 24. Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O juízo arbitral considerar-se-á instaurado, independentemente de termo de compromisso, com a escolha do árbitro pelas partes. Se este não estiver presente, o Juiz convocá-lo-á e designará, de imediato, a data para a audiência de instrução.

§ 2º O árbitro será escolhido dentre os juízes leigos.

Art. 25. O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos arts. 5º e 6º desta Lei, podendo decidir por equidade.

Art. 26. Ao término da instrução, ou nos cinco dias subsequentes, o árbitro apresentará o laudo ao Juiz togado para homologação por sentença irrecorrível”.

⁹² HOMEM DE SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro; SALIM, Clara Araújo. Justiça multiportas: uma análise da mediação no novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 299, p. 451-468, 2020, p. 453.

Em 2015, surge o atual Código de Processo Civil (em substituição ao CPC/1973), o qual configura, ao menos no plano normativo, mais um passo importante na tentativa de criação de uma cultura nacional de adoção de outras formas de resolução de conflitos que não a jurisdição.

Já em seu art. 3º, pertencente ao capítulo “das normas fundamentais de processo civil”, o Código de Processo Civil de 2015 reafirma a garantia constitucional de inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF/88), porém enunciando, nos parágrafos do mesmo dispositivo, as diretrizes gerais de estímulo à mediação, à conciliação, à arbitragem, bem como à solução consensual de conflitos⁹³, tido como um dever dos operadores do processo judicial.

O art. 139, V, do mesmo diploma processual, reforça o papel do magistrado, na condução do processo, promover a autocomposição com o auxílio de conciliadores e mediadores⁹⁴.

A análise do art. 3º do CPC/2015 revela a tendência da *novel* legislação processual civil brasileira estruturar um modelo multiportas de acesso à justiça, que adota a solução jurisdicional tradicional integrada a meios alternativos. Segundo Humberto Theodoro Júnior *et al.*, “a mescla dessas técnicas de dimensionamento de litígios se faz momentaneamente necessária pela atávica característica do cidadão brasileiro de promover uma delegação da resolução dos conflitos ao judiciário, fato facilmente demonstrável pela hiperjudicialização de conflitos, mesmo daqueles que ordinariamente em outros sistemas são resolvidos pela ingerência das próprias partes mediante autocomposição”⁹⁵.

Note-se que, no novo procedimento comum instituído pelo CPC/2015, a conciliação já deve ser buscada desde o início, antes mesmo da apresentação da resposta do réu, pela realização da audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334, a qual somente não ocorrerá se a causa não admitir autocomposição ou se ambas as partes manifestarem, prévia e expressamente, o desinteresse na composição consensual (§4º), de modo que “o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato

⁹³ “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 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 juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

⁹⁴ “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...)V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”.

⁹⁵ Op. cit., p. 241-242.

atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado (§8º). Destaque-se, também, a possibilidade de realização da audiência por meio eletrônico (§7º), formato, aliás, que vem sendo cada vez mais utilizado na prática forense, facilitando a participação dos interessados e a efetiva solução consensual do conflito⁹⁶.

No mesmo sentido, é de se sublinhar o disposto no art. 515, II e III, do CPC/2015, que estabelece a decisão homologatória de autocomposição judicial ou extrajudicial “de qualquer natureza” como modalidades de títulos judiciais, autorizando o imediato procedimento executivo, no caso de inadimplemento da obrigação neles entabulada, ainda enfatizando que “a autocomposição judicial pode envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo” (§2º).

Frisem-se, outrossim, na esteira dos dispositivos do CPC/2015 que preconizam um estímulo à solução consensual dos conflitos, os arts. 694 e 695. O primeiro estatui que, “nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação”. O segundo, alusivo ao procedimento das ações que tratem de direito de família, estipula a realização de audiência de mediação e conciliação às portas do litígio, que “poderá dividir-se em tantas sessões quantas sejam necessárias para viabilizar a solução consensual”, como enfatiza o art. 696.

Importante notar, ainda, a par das disposições supramencionadas, que o Código de Processo Civil de 2015 expressamente reconhece os mediadores e conciliadores judiciais como auxiliares da justiça, conforme o art. 149. Além disso, o *codex* dedica os artigos 165 a 175 à criação de “centros judiciários de solução consensual de conflitos” pelos tribunais, à organização da função dos conciliadores e mediadores, bem como dispõe detalhadamente sobre a função e os objetivos da conciliação e da mediação, os princípios que as informam, o exercício da atividade dos conciliadores e mediadores, por fim prevendo a criação de centros administrativos de conciliação e mediação pela União, Estados e Municípios⁹⁷.

⁹⁶ É preciso salientar, no entanto, como exemplo contrário aos propósitos insculpidos no art. 3º do CPC/2015, a iniciativa de alguns tribunais brasileiros permitirem abertamente a dispensa da audiência conciliatória do art. 334 do mesmo código, sob o argumento de incompatibilidade das pautas de audiência dos magistrados de primeiro grau, postura que fragiliza, se não elimina por completo, a possibilidade de solução consensual dos conflitos em seu início, agravando ainda mais o problema da morosidade da jurisdição.

⁹⁷ “Seção V - Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

§3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

§1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

§2º Efetivado o registro, que poderá ser precedido de concurso público, o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde atuará o conciliador ou o mediador os dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista, a ser observada na distribuição alternada e aleatória, respeitado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional.

§3º Do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de processos de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes.

§4º Os dados colhidos na forma do § 3º serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e para fins estatísticos e de avaliação da conciliação, da mediação, das câmaras privadas de conciliação e de mediação, dos conciliadores e dos mediadores.

§5º Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do “caput”, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções.

§6º O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de conciliadores e mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste Capítulo.

Art. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.

§1º O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal.

§2º Inexistindo acordo quanto à escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação.

§3º Sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador.

Art. 169. Ressalvada a hipótese do art. 167, § 6º, o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

§1º A mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal.

Poucos meses após a promulgação do novo Código de Processo Civil, foi aprovada a Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, denominada Lei da Mediação, que entrou em vigor antes mesmo do início de vigência do código.

De maneira complementar às disposições codificadas sobre mediação, além de conceituar a atividade em seu art. 1º, a Lei n. 13.140/2015 regula a mediação extrajudicial citada no art. 175 do CPC/2015 e dá tratamento específico a temas como a atividade de formação de mediadores, a mediação no âmbito do direito público, a previsão de suspensão da prescrição (art. 17, parágrafo único), ou quando usada de modo coletivo em prestação de serviços públicos (art. 33, parágrafo único), dentre outros. Estabelece que a mediação pode versar sobre direitos disponíveis ou indisponíveis, sobre todo o conflito ou apenas parte dele. Permite a mediação sobre “direitos indisponíveis transigíveis”, desde que homologados judicialmente, bem como trata da realização das sessões de mediação por meios digitais.

Destaca-se, também, que o incentivo à solução consensual de conflitos passou a

§2º Os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de conciliação e mediação, com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento.

Art. 170. No caso de impedimento, o conciliador ou mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz do processo ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, devendo este realizar nova distribuição.

Parágrafo único. Se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com relatório do ocorrido e solicitação de distribuição para novo conciliador ou mediador.

Art. 171. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o conciliador ou mediador informará o fato ao centro, preferencialmente por meio eletrônico, para que, durante o período em que perdurar a impossibilidade, não haja novas distribuições

Art. 172. O conciliador e o mediador ficam impedidos, pelo prazo de 1 (um) ano, contado do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.

Art. 173. Será excluído do cadastro de conciliadores e mediadores aquele que:

I - agir com dolo ou culpa na condução da conciliação ou da mediação sob sua responsabilidade ou violar qualquer dos deveres decorrentes do art. 166, §§ 1º e 2º;

II - atuar em procedimento de mediação ou conciliação, apesar de impedido ou suspeito.

§1º Os casos previstos neste artigo serão apurados em processo administrativo.

§2º O juiz do processo ou o juiz coordenador do centro de conciliação e mediação, se houver, verificando atuação inadequada do mediador ou conciliador, poderá afastá-lo de suas atividades por até 180 (cento e oitenta) dias, por decisão fundamentada, informando o fato imediatamente ao tribunal para instauração do respectivo processo administrativo.

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Art. 175. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.

Parágrafo único. Os dispositivos desta Seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação”.

animar o legislador em outros ramos do direito. Exemplo disso, é a menção expressa feita na nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas (art. 22, “j”, da Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, alterada pela Lei n. 14.112, de 24 de dezembro de 2020)⁹⁸.

Há, pois, na legislação processual civil brasileira atual, um novo panorama normativo sobre os métodos de solução de conflitos postos à disposição dos cidadãos, quer no ambiente judicial, quer no extrajudicial. Tal panorama, inclusive, permite falar em um sistema multiportas de acesso à justiça.

Segundo Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira e Clara Araújo Salim, “pode-se, nesse sentido, afirmar que, com o CPC de 2015, foi lançada uma mudança de paradigma consistente na positivação da existência de diversas portas para a solução de um conflito e a importância dada à prática da mediação, tanto para evitar o alto número de litígios judicializados, quanto para perseguir decisões mais justas ou mais aceitáveis pelas partes”⁹⁹. Na concepção de Humberto Theodoro Júnior *et al.*, “pode-se dizer que o CPC de 2015 erigiu a tentativa prévia de conciliar ou de mediar o conflito a componente do interesse-necessidade de agir, pressuposto para ajuizar demandas, na forma do art. 17 do referido diploma”¹⁰⁰.

Portanto, ao menos no plano normativo, percebe-se a existência de técnicas plúrimas e integradas de composição de conflitos intersubjetivos, a configurar um sistema multiportas de acesso à justiça no Brasil, apto a gerar o necessário movimento de busca da jurisdição, não como única, mas como última via de satisfação de um direito material lesado.

Esta percepção, inclusive, gerou a adoção de uma nova terminologia aos então chamados “meios alternativos de solução de conflitos” pela doutrina do direito processual, que atualmente os designa como “meios adequados de solução de conflitos”, como explica Luiz Rodrigues Wambier¹⁰¹:

Há pouco tempo, a mediação, a conciliação e a arbitragem eram consideradas “meios alternativos” de solução de conflitos, no sentido de que seriam caminhos secundários, a que se recorreria subsidiariamente à solução tradicional judiciária. Com o passar do tempo, passou-se a entender que essa alternatividade existe entre todos os mecanismos de solução de controvérsias, incluindo o judicial, cabendo às partes identificar o mais

⁹⁸ “Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe: I – na recuperação judicial e na falência: (...) j) estimular, sempre que possível, a conciliação, a mediação e outros métodos alternativos de solução de conflitos relacionados à recuperação judicial e à falência, respeitados os direitos de terceiros, na forma do § 3º do art. 3º da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)”;

⁹⁹ Op. cit., p. 460.

¹⁰⁰ Op. cit., p. 254.

¹⁰¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. Inteligência artificial e sistema multiportas: uma nova perspectiva do acesso à justiça. *Revista dos Tribunais*, vol. 108, n. 1000, p. 301-307, 2019, p. 301.

adequado ao caso (e ao Estado incentivar as soluções consensuais). Por isso, não se fala mais em “meios alternativos”, mas em “meios adequados”. Acesso à justiça, mais do que o direito de ajuizar uma ação perante o Poder Judiciário, consiste no direito a uma ordem jurídica justa, perfeitamente concretizável pela via desjudicializada, sempre que não haja impedimento previsto no ordenamento jurídico.

Importante que se diga, contudo, que ainda há no Brasil uma forte resistência cultural à adoção da arbitragem, da conciliação e da mediação como métodos de solução de controvérsias. Apesar das importantes inovações no campo normativo, que nos permitem afirmar a existência de um sistema multiportas de acesso à justiça, no campo prático, por outro lado, “a tradição enraizada da percepção social da figura do juiz se mantém intacta como pessoa designada a resolver conflitos; e as demais figuras são vistas quase com desconfiança. Talvez seja por isso que muito pouco se fala sobre as *outras* formas *adequadas* de solução de controvérsias, seja no ambiente comum, seja no ambiente jurídico”¹⁰². Nem mesmo os tribunais brasileiros têm demonstrado efetivo empenho na ampla adoção das técnicas compositivas postas à disposição pelo CPC/2015, pela Lei da Mediação e pela Lei da Arbitragem. Poucos sequer criaram os tais “centros judiciários de solução consensual de conflitos” ou estruturaram as carreiras de conciliador e mediador no seu âmbito de atuação. O mesmo se pode dizer em relação à União, aos Estados e Municípios no que tange à criação das “câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo”.

De nada adiantará o legislador oferecer uma integração meramente normativa entre os meios de solução de conflitos, se não houver a criação de condições práticas favoráveis à sua massiva aplicação. E isso passa, evidentemente, pelo investimento de recursos públicos na organização da estrutura necessária e na formação dos profissionais a serem engajados na importante tarefa.

Como afirma Leonardo Greco¹⁰³:

Em lugar de prosseguir em reformas de eficácia duvidosa e francamente nocivas à boa administração da justiça, é preciso reagir, desfraldando a bandeira da plena efetividade do processo justo, e, ao mesmo tempo, encontrar solução para a quantidade de processos, o que, a meu ver, somente se concretizará através do planejamento e da implementação de uma política pública de prevenção e solução de conflitos, capaz de abortar os bolsões de litigiosidade no seu nascedouro, de compartilhar a responsabilidade pelo

¹⁰² HOMEM DE SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro; SALIM, Clara Araújo. Op. cit., p. 467.

¹⁰³ GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, vol. 164, p. 29-56, 2008, p. 51.

reconhecimento dos direitos dos cidadãos com os demais poderes do Estado, nas respectivas esferas de atuação, e de mobilizar a sociedade a engajar-se nos aparelhos oficiais e a promover a sua criatividade no desenvolvimento de mecanismos extrajudiciais de pacificação social.

Estabelecidas, no entanto, estas relevantes premissas sobre o cenário atual dos métodos de solução de controvérsias, há que se verificar a importância da prova como ferramenta essencial de análise das partes em litígio a respeito da conveniência ou não de abreviar o conflito, buscando a autocomposição, diante das perspectivas de sucesso de eleição da jurisdição, o tempo e os custos envolvidos numa disputa judicial.

Ou seja, constatada a existência de um sistema multiportas de acesso à justiça, é inegável que a decisão das partes de adotar um método mais célere de solução do conflito, ou, ao contrário, investir tempo e recursos financeiros na instalação de um processo, perpassa pela avaliação da força probante dos meios de que dispõem para a formação do convencimento do magistrado, bem como dos riscos inerentes à opção pela jurisdição.

Portanto, conhecer a fundo os fatos e os elementos de prova sobre os quais a parte sustenta sua pretensão de direito material, ou sua resistência à pretensão alheia, é fundamental para a adequada avaliação em torno da conveniência de adoção da jurisdição ou da solução consensual do conflito.

Tanto assim, que o Código de Processo Civil de 2015 possibilita a produção de prova em juízo, antes da propositura de uma ação judicial, e até mesmo para evitá-la, ou para viabilizar a opção da parte pela autocomposição do conflito, como se verá nos capítulos subsequentes deste estudo.

Daí porque se pode afirmar, sem parcimônia, que o conhecimento pleno dos fatos e das provas, de parte a parte, é aspecto crucial para a efetividade dos meios alternativos (adequados ou integrados, na terminologia atualmente utilizada pela doutrina) de solução de conflitos, o que, em última via, contribui para uma opção mais racional pela jurisdição e, num plano mais amplo, para a disseminação da crença no sistema multiportas de acesso à justiça.

2.4.1 A ampliação da autonomia privada no processo civil hodierno

O estímulo à solução consensual dos conflitos é exemplo de uma característica estruturante do Código de Processo Civil de 2015, a partir da qual diversas regras procedimentais foram erigidas, qual seja, a ampliação da autonomia privada na relação

processual.

Sem abandonar as novas técnicas de tutela postas à disposição do magistrado para assegurar a efetividade do processo na reforma processual iniciada na década de 1990, tais como a inserção da antecipação de tutela no procedimento comum, a tutela inibitória e o aprimoramento dos meios executivos, o legislador houve por bem ampliar o protagonismo das partes na relação processual, buscando maior equilíbrio entre as duas forças que moldam o conteúdo do princípio do devido processo legal ao longo dos tempos: o publicismo e o privatismo, ideologicamente transpostos para o direito processual.

Como aduz Robson Renault Godinho, “o estudo do processo como fenômeno cultural e ideológico não é recente, mas pode-se considerar que há novidades nos argumentos e na intensidade dos debates doutrinários, com ampla produção de estudos envolvendo o que vem sendo denominado de “publicismo” e “privatismo” processual”¹⁰⁴.

É inegável que as ideologias políticas influenciaram e influenciam as concepções processuais. Afinal, os caminhos escolhidos pelo direito processual são consequência das concepções de justiça provenientes das ideias dominantes sobre o papel do Estado¹⁰⁵.

Na concepção liberal do século XIX, o processo visava garantir a plenitude dos direitos subjetivos dos cidadãos e não a observância do direito objetivo ou a salvaguarda do interesse público. A jurisdição e o processo estavam a serviço dos direitos dos cidadãos. Daí resultava que o juiz não podia trazer fatos para o processo, nem produzir provas não propostas pelas partes. Os excessos liberais do século XIX desapareceram no século seguinte, cuja legislação processual foi, em grande parte, consequência do socialismo e do fascismo, os quais sustentavam a crença de que o aumento dos poderes do Estado na sociedade constituía sempre um fator de progresso social, justificando o aumento dos poderes do juiz no processo civil para supostamente elevar o nível de acesso e a qualidade da justiça. Segundo essa ideologia, o interesse público à paz e à justiça social sempre se sobreporiam a qualquer interesse particular¹⁰⁶.

Segundo Leonardo Greco, “na concepção publicista, o processo civil se converte em algo parecido à jurisdição voluntária, na qual o juiz assume não uma função jurisdicional, mas a tutela paternalista dos particulares, aos quais considera quase como menores ou

¹⁰⁴ GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 7.

¹⁰⁵ GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, vol. 164, p. 29-56, 2008, p. 37.

¹⁰⁶ GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 29-30.

incapacitados, desenvolvendo o decisionismo pós-moderno, que põe a justiça a serviço do mais fraco, provocando liminares sem contraditório, invertendo as regras do ônus da prova através das cargas dinâmicas e se imiscuindo na política”¹⁰⁷.

No entanto, para Luiz Guilherme Marinoni¹⁰⁸:

A presença do Estado em áreas que podem e devem contar com a participação exclusiva dos privados e a excessiva proteção estatal sobre determinadas situações, a interferir sobre a liberdade dos particulares que se relacionam com o bem tutelado e, em alguns casos, na liberdade da própria pessoa tutelada, trouxe graves problemas à sociedade e ao próprio Estado. O crescimento do Estado sobre a esfera dos negócios tipicamente privados, ao negligenciar as regras do mercado, não poderia levar a outras consequências que não o fracasso econômico e o enriquecimento dos seus administradores à custa da população.

Com a reconstitucionalização da Europa ocidental, após o término da 2ª Guerra Mundial, caracterizada pelo abandono da absoluta supremacia do interesse público sobre o interesse individual e pelo primado da dignidade humana e dos direitos fundamentais, o cenário de submissão das partes no processo civil ao predomínio autoritário do juiz passou a se alterar, pois era imperiosa a reconstrução do sistema processual sob a perspectiva dos cidadãos que afluem ao Judiciário para obter a tutela dos seus direitos subjetivos, respeitados o princípio dispositivo e a autonomia privada¹⁰⁹.

A autonomia da vontade das partes, a inércia da jurisdição e o princípio dispositivo passam a obter um suporte garantístico na contemporânea teoria dos direitos fundamentais, limitando os poderes do juiz, impedido de fundamentar sua decisão em fatos não alegados pelas partes, nem ignorar os que tiverem sido por elas admitidos.

Conforme afirma Leonardo Greco¹¹⁰:

A eficiência e a justiça da decisão exigem que as partes e o juiz assumam esferas de atuação precisamente delimitadas e que se afaste diligentemente a mais remota confusão de papéis no processo. A desigualdade entre as partes não deve ser remediada através de uma atitude paternalista do juiz, mas pela intervenção de outros sujeitos. O aumento dos poderes do juiz, que foi justificado no Código italiano de 1940 como necessário para combater a lentidão da justiça, fracassou, porque o que se verificou desde então foi um agravamento anormal desse problema. (...)

É o processo justo, o processo humanista, que serve diretamente aos destinatários da prestação jurisdicional e apenas remotamente ao interesse geral da coletividade ou ao interesse público.

¹⁰⁷ Idem, p. 30.

¹⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. A convenção processual sobre a prova diante dos fins do processo civil. *Revista de Processo*, v. 288, 2019, p. 20.

¹⁰⁹ GRECO, Leonardo. Op. cit., p. 30.

¹¹⁰ Op. cit., p. 33-34.

Nesse processo civil, que é o do nosso tempo, não colhe falar-se de processo objetivo, de recurso no interesse da lei ou de jurisdição de tutela da ordem jurídica. Toda vez que esses conceitos são invocados para reduzir o alcance da tutela dos interesses dos destinatários, a jurisdição civil está sendo deturpada, desvirtuada, afastando-se do paradigma que a justifica no Estado de Direito, assentado na primazia e na eficácia concreta dos direitos dos cidadãos. Nenhum processo civil tutela o direito objetivo, por mais abstrata e geral que seja a eficácia da decisão por ele preconizada. O processo civil tutela as situações subjetivas agasalhadas pelo direito objetivo, ainda que indeterminadas ou indetermináveis sejam essas situações. O direito objetivo é meio e não fim da jurisdição civil.

Para Luiz Guilherme Marinoni, a liberdade é importante dentro do processo, já que em algumas situações “a vontade dos litigantes pode colaborar para o fluir tempestivo e racional do processo”. Porém, entende que “o processo não pode esconder os valores do Estado – impressos na Constituição –, na medida em que cabe ao juiz, ao atuar e ao decidir, não apenas revelá-los, mas tutelá-los, implementando-os”¹¹¹. Neste sentido, esclarece que:

Não há qualquer contradição entre processo preocupado com a liberdade e processo preocupado com os objetivos do Estado, ou mesmo qualquer problema em preservar valores do Estado em detrimento da vontade das partes. O processo contemporâneo deve dar vazão à vontade dos litigantes, desde que com isso não sejam prejudicados os valores que o Estado não pode deixar de atuar¹¹².

No direito processual civil brasileiro, desde os códigos de processo (ou de procedimento) dos estados, os quais foram substituídos pelo Código de Processo Civil de 1939, sucedido pelo Código de 1973, vê-se que a autonomia das partes vinha paulatinamente cedendo espaço para o fortalecimento e centralização de poderes na figura do juiz¹¹³.

Mas o panorama se altera com o Código de Processo Civil de 2015, o qual, como dito anteriormente, procura resgatar em boa medida a autonomia das partes, sem retroceder nas conquistas técnicas que ampliaram a instrumentalidade do processo.

É notório o avanço da *novel* legislação processual brasileira no sentido de ampliar os espaços de protagonismo das partes. O incremento da autonomia privada no processo civil pode ser verificado não apenas no sistema multiportas de acesso à justiça e no estabelecimento de um modelo de relação processual cooperativo ou participativo (que será tratado logo adiante), mas em ferramentas específicas, como, por exemplo, a

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. A convenção processual sobre a prova diante dos fins do processo civil. *Revista de Processo*, v. 288, 2019, p. 20.

¹¹² Op. cit., p. 21.

¹¹³ GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 7.

regulamentação dos “negócios processuais” e a possibilidade de adaptações procedimentais de comum acordo entre as partes e acolhidas pelo juízo (arts. 190 e 191, CPC/2015), pela garantia do contraditório dinâmico e da não-surpresa (arts. 9º e 10º, CPC/2015). Também a possibilidade de produção antecipada de prova sem o requisito da urgência, como se verá adiante neste estudo, configura medida de maior equilíbrio entre a autonomia privada e os poderes do juiz na seara probatória.

Leonardo Greco observa que a definição dos limites entre os poderes do juiz e a autonomia das partes está diretamente vinculada a três fatores: “(a) à disponibilidade do próprio direito material posto em juízo; (b) ao respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas, para que uma delas, em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa; e (c) à preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito”¹¹⁴.

Segundo Robson Renault Godinho, “para atingir essa complexa equação entre a autonomia privada e a dimensão pública do processo, busca-se um equilíbrio entre a autonomia particular e a conformação das regras processuais, desde que isso não o torne ineficaz para a justa composição do litígio”¹¹⁵.

Em arremate, Luiz Guilherme Marinoni acredita que o centro ideal desse jogo de forças entre o publicismo e o privatismo está no valor “segurança jurídica”. Ressalta a relevância da estabilidade e da coerência do direito, apontando para a importância da previsibilidade das decisões judiciais e, conseqüentemente, a necessidade de os juízes respeitarem precedentes. Afirma que “a previsibilidade das decisões constitui valor moral imprescindível para o homem, de forma livre e autônoma, poder se desenvolver e, portanto, estar num Estado de Direito, ou seja, em um Estado que assegure a estabilidade e a previsibilidade do direito”¹¹⁶.

É inegável que o conflito ideológico entre o publicismo e o privatismo, não só na seara do direito processual, mas no próprio entendimento sobre o papel do Estado, seguirá estabelecendo a prevalência de um sobre o outro – num verdadeiro movimento pendular – ao longo da história. Tem sido assim e, aparentemente, sempre será.

¹¹⁴ GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, vol. 164, p. 29-56, 2008, p. 45.

¹¹⁵ Op. cit., p. 11.

¹¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. A convenção processual sobre a prova diante dos fins do processo civil. *Revista de Processo*, v. 288, 2019, p. 21.

Fundamental, entretanto, destacar que o momento atual do processo civil brasileiro é de ampliação do espaço privado, num modelo processual que procura suavizar o protagonismo do juiz e atribuir maior participação aos sujeitos ativo e passivo da relação processual também quanto aos rumos do procedimento judicial a ser efetivado para a solução do conflito, ou, antes, buscar maneiras de evitá-lo.

2.4.2 As partes também são destinatárias da prova

A percepção de ampliação da autonomia privada no modelo de relação processual estabelecido pelo Código de Processo Civil de 2015 evoca conclusões interessantes no campo do direito probatório.

Como visto anteriormente neste estudo, reconhece-se que as partes têm, em relação às provas, não apenas uma faculdade estritamente instrumental e interna ao processo, atinente ao exercício da ação e da defesa (“direito de provar”). Mais do que isso, as partes têm direito à produção de prova ou à aferição de um fato, antes e independentemente de sua utilização num processo (“direito autônomo à prova”), por uma série de razões: avaliar suas chances efetivas numa futura e eventual disputa litigiosa, estimar os custos de tal disputa, verificar as possibilidades e termos de um possível acordo com o adversário – e assim por diante¹¹⁷.

A constatação de existência de um direito à prova, distinto do direito de provar em juízo, inegavelmente, projeta efeitos sobre os limites imponíveis pelo juiz ao exercício desses direitos, quer na produção judicial antecipada da prova, quer no curso de um processo já instaurado para a prova do fato controvertido entre as partes.

E essa análise perpassa pela desconstrução da ideia de que o juiz é o único destinatário da prova, em consonância, aliás, com a ampliação da autonomia privada e com o novo modelo cooperativo de relação processual trazido para o Brasil.

Historicamente, na jurisprudência brasileira, tem prevalecido o entendimento de que o juiz é o exclusivo destinatário da prova. Nesta qualidade, portanto, possuiria amplos poderes para delimitar o objeto da atividade probatória, deferindo ou indeferindo a produção de determinados meios probatórios requeridos pelas partes, ou mesmo negando por completo a dilação probatória, para conhecer imediatamente do mérito da causa ou até extinguir o processo sem entrega da prestação jurisdicional (por sentença meramente terminativa).

¹¹⁷ TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 260, 2016, p. 12.

A título exemplificativo dessa concepção decantada no Poder Judiciário, colaciona-se o seguinte aresto¹¹⁸:

Esta Corte possui o entendimento de que o magistrado tem ampla liberdade para analisar a conveniência e a necessidade da produção de provas, podendo perfeitamente indeferir provas periciais, documentais, testemunhais e/ou proceder ao julgamento antecipado da lide, se considerar que há elementos nos autos suficientes para a formação da sua convicção em relação às questões de fato ou de direito vertidas no processo, sem que isso implique cerceamento do direito de defesa.

Contudo, tal entendimento pode ser considerado uma reminiscência de um modelo autoritário e excessivamente publicista de processo, para o qual a iniciativa probatória das partes não teria fundamento constitucional e que olvidaria o fato de que a justiça depende da exaustiva apuração dos fatos trazidos para o processo. Para Leonardo Greco, a própria iniciativa probatória do juiz já seria fruto de uma visão autoritária do processo, quiçá até de desconfiança em relação aos advogados, e que comprometeria a imparcialidade do juiz e as garantias do contraditório e da ampla defesa¹¹⁹.

Para Flávio Luiz Yarshell, a preponderância do papel do juiz na instrução processual partiria da premissa de que “não adianta que as partes - e eventualmente seus advogados - estejam absolutamente convencidas da eficácia probatória de certo elemento se dessa convicção não compartilhar o juiz ao qual, afinal de contas, caberá julgar (suposto não atingida solução de autocomposição)”. Ou seja, pressupõe que a iniciativa do juiz sobre a atividade probatória competiria a quem “decidirá imperativamente, se não obtida uma solução de autocomposição”, sendo mera projeção do que as partes, ao fim e ao cabo, poderiam obter em termos de tutela jurisdicional¹²⁰. Entretanto, na concepção do referido autor, “pensar na prova como bem apropriado exclusivamente pelo Estado (Poder Judiciário) – a pretexto de que ela tem por função esclarecer os fatos e formar a convicção do órgão judicial – é hipertrofiar os conceitos de poder de instrução do juiz e de formação de seu livre convencimento. Pensar na prova sob um ângulo exclusivamente estatal é restringir indevidamente o caráter instrumental daquela, que não se limita a servir de meio para a

¹¹⁸ Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AgREsp nº 1348282/RS, Relator: Min. Moura Ribeiro, DJe 22/04/2019.

¹¹⁹ GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, vol. 164, p. 29–56, 2008, p. 34.

¹²⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 285.

formação apenas do convencimento do juiz”¹²¹.

Como ressalta Michele Taruffo, quanto menos interventivo for o juiz, maior será a aparência da sua imparcialidade, o que não equivale a dizer que sua intervenção seja sempre inoportuna e autoritária. Para o autor italiano, “(...) um processo em que o juiz dispõe de poderes instrutórios não implica qualquer 'autoritarismo' processual, podendo tais poderes configurar-se como puramente supletivos e integrativos em relação aos das partes, e podendo o juiz desenvolver um papel inteiramente secundário ou marginal na colheita das provas”¹²².

Segundo um modelo processual orientado pela ampliação da autonomia das partes, o qual, como visto anteriormente, parece ter sido a opção do legislador do código de processo civil vigente no Brasil, restaria superada “a noção de que as provas têm por destinatário único o juiz, não dizendo respeito às partes”¹²³.

Leonardo Greco, comungando da mesma opinião, afirma que o juiz não pode ser considerado: “o único destinatário das provas, que não se destinam à sua exclusiva apreciação, mas também à apreciação das partes, dos tribunais superiores que exercerão a jurisdição no mesmo processo em instâncias diversas e da própria sociedade que sobre ele exerce o controle social da exação no exercício da jurisdição”¹²⁴.

Para William Santos Ferreira, “o destino das provas são os autos, mas os destinatários são todo que possam, dentro dos limites legais, utilizarem-se do acervo probatório. Atualmente o juiz não pode ser considerado o único destinatário. O sistema probatório é extremamente amplo, repleto de funções do estado de direito, não podendo ficar circunscrito ao convencimento judicial, que é um elemento importante, mas a este não se restringe”¹²⁵.

Outras concepções, no mesmo sentido, podem ser destacadas. Para Hugo Filardi, “as provas não mais são exclusivamente destinadas ao julgador, mas passam a influenciar, inclusive, posturas comportamentais dos cidadãos fora de relações processuais. As provas formam standards comportamentais que direcionam a postura do cidadão em sociedade e podem contribuir de maneira decisiva para relações interpessoais mais bem definidas e menos

¹²¹ Op. cit., p. 284.

¹²² TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LX, Milano, Giuffrè, 2006, p. 454.

¹²³ TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 13.

¹²⁴ Op. cit., p. 53.

¹²⁵ FERREIRA, William Santos. Capítulo XII: das provas. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa... [et al.] (coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1.113-1.148, 2016. p. 1.114.

litigiosas”¹²⁶. José Manuel de Arruda Alvim Neto, por sua vez, em entendimento que desconsidera a existência de um direito autônomo à prova, assevera que: “afirmar que o ponto de contato entre o juiz e os fatos da controvérsia reside nos meios de prova não significa dizer que o magistrado é o destinatário da prova, muito embora não se discuta que o convencimento do julgador define a valoração da prova. Numa palavra: o destinatário da prova é o processo”¹²⁷.

Já Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Haroldo Lourenço¹²⁸ aduzem:

É fato notório que os tribunais, em geral, enfatizavam, à luz do Código de Processo Civil de 1973, a liberdade do juiz na escolha dos meios de prova e na sua valoração, acentuando-se que o magistrado seria o destinatário da prova.

Há que se dar o devido temperamento para a afirmação outrora corrente. O destinatário da prova, a rigor, são todos os sujeitos do processo, que da prova poderão fazer o respectivo uso.

O magistrado, de primeiro ou segundo grau, deve conduzir o processo, tanto que pode indeferir provas inúteis ou protelatórias (art. 370, parágrafo único do CPC/2015), bem como deverá apreciar e valorar as provas existentes (art. 371 do CPC/2015).

É de se acentuar, contudo, que, consoante com a doutrina, o novo Código de Processo Civil acentuou o espírito de colaboração entre todos os sujeitos do processo, bem como previu expressamente a possibilidade de negócio processual (art. 190 do CPC/2015), de modo mais amplo do que o fizera o estatuto anterior, que, por sua vez, já admitia que as partes alterassem a própria distribuição do ônus da prova, nos termos do art. 333, parágrafo único, com a ressalva apenas das hipóteses previstas nos respectivos incisos.

Portanto, vem se consolidando na doutrina processual civil brasileira a concepção de que não é mais possível considerar o juiz como único destinatário da atividade probatória, quer em relação ao direito de provar no processo, quer em relação ao exercício do direito autônomo à prova por seu titular.

Ressalta-se, neste sentido, a edição do Enunciado n. 50 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, o qual afirma que “os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir na convicção do juiz”¹²⁹.

¹²⁶ FILARDI, Hugo. Ações probatórias autônomas. *Revista de Direito Privado*, v. 102, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 5.

¹²⁷ ALVIM, José Manoel de Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 247-248.

¹²⁸ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; LOURENCO, H. A teoria geral da prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 263, 2017, p. 4.

¹²⁹ BRASIL. *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis*. Disponível em: <<https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em 20 de abril de 2020.

Luiz Flávio Yarshell adverte, entretanto, que dizer que a prova não pertence exclusivamente ao magistrado não significa dizer que as partes não estejam sujeitas aos efeitos legais da prova. Aduz que, “se a prova diz respeito ao juiz – ainda que também às partes –, a tendência é, como dito acima, a de que os efeitos dos atos nesse campo sejam ditados pela lei e não que fiquem sujeitos à autonomia da vontade. A regra, portanto, é o caráter cogente das normas que regulam a prova”¹³⁰.

Percebe-se, pois, que o paradigma atual de ampliação da autonomia privada no processo civil, aliado ao reconhecimento de um direito autônomo à prova, impõem a superação da vetusta ideia de que a atividade probatória processual deve encontrar no juiz seu ponto de partida e de chegada.

Há, contudo, outro importante elemento a se considerar nessa equação: o princípio da cooperação.

2.5 PROVA E O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

Por inspiração dos ordenamentos processuais civis europeus da atualidade, notadamente, o Alemão e o Português¹³¹, o legislador do Código de Processo Civil de 2015 enunciou um novo princípio processual no artigo 6º, com a seguinte redação: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Com a enunciação do princípio da cooperação, procura-se estabelecer no Brasil um novo paradigma de sistema processual participativo, fundado na ideia de que, para além da boa-fé objetiva (art. 5º)¹³² e da lealdade processual (art. 77)¹³³, os sujeitos da relação processual devem colaborar para o tempestivo e efetivo resultado do processo.

Tradicionalmente, o processo judicial é um ambiente em que prevalecem condutas

¹³⁰ Op. cit., p. 282.

¹³¹ Faz-se alusão aqui às reformas processuais iniciadas na Alemanha, em 1976, e às reformas processuais ocorridas em Portugal, a partir de 1995.

¹³² “Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”.

¹³³ “Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito; IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva; VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso”.

não cooperativas entre os sujeitos que dele participam. É absolutamente comum (e compreensível) que a situação litigiosa no plano do direito material oriente a conduta das partes também no campo dialético do processo. Por outro lado, o magistrado não é infenso a preocupações ou interesses meramente funcionais ou administrativos, como a necessidade de cumprir metas de desempenho perante o Tribunal a que está vinculado e que lhe impõem uma atuação não voltada propriamente à solução adequada do litígio, mas à salvaguarda dessas circunstâncias alheias ao processo¹³⁴.

Como afirmam Humberto Theodoro Júnior *et al.*, “não se pode exigir das partes que hajam de maneira contrária à sua própria condição de ‘parte’, isto é, que defendam de maneira *parcial* seus pontos de vista e, inclusive, por exemplo, omitam provas que não lhe sejam interessantes e outras coisas típicas de um agir estratégico”¹³⁵. José Roberto dos Santos Bedaque aduz que os “sujeitos parciais do processo buscam apenas a vitória e, para alcançar esse objetivo, valem-se da dialética, deduzindo argumentos e reproduzindo provas favoráveis exclusivamente ao interesse próprio. Isso quando não se valem de mecanismos protelatórios, quando verificam ser iminente a derrota”¹³⁶. Ainda para Humberto Theodoro Júnior *et al.*, “nem mesmo uma visão romântica induziria a crença de que as pessoas no processo querem, por vínculos de solidariedade, chegar ao resultado mais correto para o ordenamento jurídico. Esta utópica solidariedade processual não existe (nem nunca existiu): as partes querem ganhar e o juiz quer dar vazão à sua pesada carga de trabalho. O problema são os custos desta atividade não cooperativa”¹³⁷.

Daí surge a importância dessa nova perspectiva normativa trazida pelo CPC/2015, como assevera Dierle Nunes¹³⁸:

Esta visão normativa da comparticipação ganha maior relevância na medida, como já tantas vezes pontuado, em que se percebe que o sistema processual é um ambiente propenso a comportamentos não cooperativos, em que se percebe uma animosidade latente (ou declarada) entre as profissões jurídicas; sem olvidar da própria realização de atividades isoladas por eles a partir do

¹³⁴ Além disso, não é raro constatar uma “postura burocrática dos juízes na maioria dos sistemas de *civil law*, em que não se obteve êxito na implantação efetiva da oralidade e imediatidade processuais, já que na prática o juiz permanece como um sentenciante de gabinete, que apenas toma conhecimento da controvérsia no momento mesmo de decidir a causa”. (GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal*. Tese de doutorado. São Paulo: USP, 2013. p. 45).

¹³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 71.

¹³⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 71.

¹³⁷ *Op. cit.*, p. 70.

¹³⁸ NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 65.

horizonte e do papel que desempenham dentro do aludido sistema.

Reconhecer que o processo é um espaço de disputa em torno de uma pretensão de direito material não significa dizer que não possa se desenvolver de forma cooperativa. Convém, no entanto, delinear a extensão dessa cooperatividade, quer das partes entre si, quer das partes com o juízo.

Segundo Dierle Nunes, “torna-se imperativo, ao se pensar o sistema processual, a criação de mecanismos de fiscalidade ao exercício dos micropoderes exercidos ao longo do iter processual, além da criação de espaços de interação (participação) que viabilizem consensos procedimentais aptos a tornar viável, no ambiente real do debate processual, a prolação de provimentos que representem o exercício de poder participado, com atuação e influência de todos os envolvidos”¹³⁹.

Neste sentido, a comparticipação dos sujeitos processuais preconizada no âmbito normativo pelo CPC/2015 deve ser entendida não como dever ético da parte agir contra seus interesses, mas a partir da ideia de “comunidade de trabalho” e na leitura da cooperação a partir do “contraditório como garantia de influência e não surpresa” (arts. 7º a 10 do CPC). A atitude natural das partes de agir em defesa de seus interesses não as impede de contribuir para a construção do provimento em conjunto com o magistrado (que deve agir como facilitador desse procedimento). A legitimidade do resultado obtido num processo está diretamente relacionada com aquilo que foi produzido a partir do contraditório, seja na apuração dos fatos, seja no accertamento da pretensão de direito. A entrega da prestação jurisdicional será tanto mais adequada ao caso concreto quanto maior a possibilidade de as partes contribuírem, ao agir na defesa dos seus interesses, trazendo elementos para o processo que sejam efetivamente utilizados pelo magistrado. Fundamental, portanto, que esse perfil participativo dos sujeitos processuais extraia o máximo do contraditório como influência e não surpresa¹⁴⁰.

Com tal finalidade, o CPC/2015 “traz um conjunto de comandos que fomentam o diálogo e o controle de toda as ações dos sujeitos processuais, como *v.g.*, a boa-fé processual, a fundamentação estruturada das decisões e o formalismo democrático”, afirmam Humberto Theorodo Júnior *et al.* E arrematam:

Tal premissa otimiza o funcionamento processual na medida em que, de um

¹³⁹ Op. cit., p. 67.

¹⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *et al.* Op. cit., p. 72.

lado, cria ferramentas de fiscalidade para o comportamento de todos os sujeitos, e, de outro, induz que o processo oferte o máximo de aproveitamento de sua atividade (com a prevalência do julgamento de mérito), sem idas e vindas decorrentes, por exemplo, da *esperteza* de advogados ou negligência do juiz ao analisar argumentos essenciais para o deslinde correto do caso.

Nestes termos, sob a égide do novo CPC, o processo democrático/justo, entre outras conquistas, elevou o grau de participação e influência das partes na preparação e formação do provimento judicial com que se haverá de solucionar o litígio em juízo¹⁴¹.

O modelo cooperativo (ou participativo) de relação processual, na esteira da ampliação da autonomia das partes anteriormente analisada, claramente fortalece o papel das partes, conferindo-lhes uma função mais ativa e comprometida com a formação do provimento judicial, rompendo com o modelo processual autoritário de outrora, demasiadamente centrado na figura do juiz. Neste novo modelo, busca-se um melhor equilíbrio entre os poderes do juiz e as prerrogativas das partes. Vale dizer, o juiz, embora situado no centro da dialética processual, opera em conjunto com as partes para alcançar o melhor rendimento possível para o processo, em termos de entrega da prestação jurisdicional ou de adoção de uma solução consensual ao conflito.

Como assinala Dierle Nunes, “uma das chaves mestras dessa releitura do sistema processual passa pela percepção da importância da participação, ou melhor, da comparticipação que permita o exercício pelo cidadão (economicamente débil ou não) de sua autonomia pública e privada no processo. Não é o caso de associar-se a novos sacerdotes, mas simplesmente de reconhecer a importância institucional de todos os sujeitos processuais no sistema de aplicação da tutela”¹⁴².

Segundo a opção normativa do legislador de 2015, a relação processual não está polarizada no juiz ou nas partes. Trata-se de uma relação de efetiva comparticipação de todos os sujeitos processuais. Isto é, policêntrica, ou simplesmente plural.

A respeito da relação processual no modelo cooperativo, comenta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira¹⁴³:

(...) a ideia de cooperação além de implicar, sim, um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter

¹⁴¹ Idem.

¹⁴² NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 198.

¹⁴³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20-formatado.pdf)> Acesso em: 26 de abril de 2021.

isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes. Aceitas essas premissas axiológicas, cumpre afastar a incapacidade para o diálogo estimulada pela atual conformação do processo judicial brasileiro, assentado em outros valores. Não se trata, bem entendido, de propriamente restabelecer o *ordo isonômico* medieval, mas de inserir o processo na época pós-moderna, de modo a se legitimar plenamente o exercício da Jurisdição mediante melhor e mais acabada comunicação do órgão judicial com os atores do processo e pela procura de um razoável equilíbrio dos poderes do juiz em relação aos poderes das partes e de seus representantes.

A postura colaborativa (cooperativa) exigida pelo ordenamento processual civil brasileiro em vigor estabelece deveres aos sujeitos do processo, que, para Fredie Didier Jr., podem ser classificados em deveres de esclarecimento, de lealdade e de proteção¹⁴⁴.

Em relação a esses deveres, o referido autor exemplifica: “a) *dever de esclarecimento*: os demandantes devem redigir a sua demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia (art. 295, I, parágrafo único, do CPC); b) *dever de lealdade*: as partes não podem litigar de má-fé (art. 17 do CPC), além de ter de observar o princípio da boa-fé processual (art. 14, II, CPC); c) *dever de proteção*: a parte não pode causar danos à parte adversária (punição ao atentado, arts. 879-881 do CPC; há a responsabilidade objetiva do exequente nos casos de execução injusta, arts. 475-O, I, e 574 do CPC)”. Ressalta-se que essas referências normativas são alusivas ao Código de Processo Civil de 1973, mas que foram reproduzidas no código vigente.

Em relação ao órgão jurisdicional, Fredie Didier Jr. estabelece deveres específicos:

O órgão jurisdicional tem o *dever de lealdade*, de resto também consequência do princípio da boa-fé processual, conforme já examinado. O *dever de esclarecimento* consiste no dever de o tribunal de se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo, para evitar decisões tomadas em percepções equivocadas/apressadas. Assim, por exemplo, se o magistrado estiver em dúvida sobre o preenchimento de um requisito processual de validade, deverá providenciar esclarecimento da parte envolvida, e não determinar imediatamente a consequência prevista em lei para esse ilícito processual (extinção do processo, por exemplo). Do mesmo modo, não deve o magistrado indeferir a petição inicial, tendo em vista a obscuridade do pedido ou da causa de pedir, sem antes pedir esclarecimentos ao demandante – convém lembrar que há hipóteses em que se confere a não advogados a

¹⁴⁴ DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, vol. 198, n. 36, 2011, p. 213.

capacidade de formular pedidos, o que torna ainda mais necessária a observância desse dever. O *dever de esclarecimento* não se restringe ao dever de o órgão jurisdicional esclarecer-se junto das partes, mas também o dever de esclarecer os seus próprios pronunciamentos para as partes. (...) O *dever de consulta* é variante processual do dever de informar, aspecto do dever de esclarecimento, compreendido em sentido amplo. Não pode o órgão jurisdicional decidir com base em questão de fato ou de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*, sem que sobre elas sejam as partes intimadas a manifestar-se. Deve o juiz consultar as partes sobre esta questão não alvitrada no processo, e por isso não posta em contraditório, antes de decidir. (...) Tem o magistrado, ainda, o *dever de apontar as deficiências das postulações das partes*, para que possam ser supridas. Trata-se do chamado *dever de prevenção*, variante do *dever de proteção*. O *dever de prevenção* tem um âmbito mais amplo: vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo. São quatro as áreas de aplicação do *dever de prevenção*: explicitação de pedidos pouco claros, o caráter lacunar da exposição dos fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma certa atuação pela parte¹⁴⁵.

A respeito dos deveres decorrentes do princípio da cooperação, Humberto Theodoro Júnior *et al.* inferem que, “para que o processo de fato mereça o qualificativo de democrático/justo, e se torne real o clima de colaboração entre o juiz e as partes, a nova lei impõe uma conduta leal e de boa-fé, não só dos litigantes, mas também do magistrado, a quem se atribuíram os deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio para com os sujeitos interessados na correta composição do conflito, criando-se um novo ambiente normativo contrafático de indução à participação (em decorrência dos comportamentos não cooperativos)”¹⁴⁶.

Daniel Mitidiero, por sua vez, não concebe deveres de cooperação entre as partes, mas apenas das partes em relação ao juízo (em via de mão dupla). Entende que o antagonismo natural das partes na relação processual não permitiria a imposição de deveres recíprocos de colaboração entre elas, senão os de lealdade e de boa-fé impositivos em qualquer modelo processual e já existentes nos códigos de processo civil brasileiros revogados. Neste sentido, aduz que:

O papel do juiz na condução do processo é alterado no modelo cooperativo. As partes, porém, não tem deveres recíprocos por força da colaboração. Ação e defesa são posições antagônicas que denotam diferentes interesses diante da causa. O conflito existente entre as partes impede que se estructure um processo civil a partir de deveres cooperativos entre as partes. (...) Essa é a razão pela qual quem está gravado pelo dever de cooperar na condução do

¹⁴⁵ Op. cit., p. 214-216.

¹⁴⁶ Op. cit., p. 71.

processo é o juiz. As partes não têm o dever de colaboração entre si¹⁴⁷.

Como uma vertente do dever de esclarecimento do órgão jurisdicional, Robson Renault Godinho fala também num dever de auxílio, destacando que “o tribunal tem o dever de auxiliar as partes na superação das eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais”. Como exemplo, cita o art. 321 do CPC/2015, mediante o qual o juiz deve indicar “com precisão o que deve ser corrigido ou completado” antes de eventual indeferimento da petição inicial. Da mesma forma, o art. 376 do CPC/2015 atribui a obrigação da parte provar o teor e a vigência do “direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, se assim o juiz determinar”¹⁴⁸.

Flávio Luiz Yarshell, a respeito do dever de esclarecimento (embora não use expressamente esta terminologia), sublinha que: “não apenas sob o ângulo da informação é preciso que as partes saibam previamente quais os encargos de que são portadoras. Também sob o prisma da possibilidade de concreta reação, convém repetir que as regras sobre ônus da prova são, sob o prisma subjetivo, autênticas normas de conduta das partes, a orientá-las nas opções que fazem em juízo e, pensando em matéria de prova (“pré-constituída”), também fora dele”¹⁴⁹.

Com efeito, é na atividade probatória que o princípio da cooperação enunciado pelo art. 6º do Código de Processo Civil de 2015 ganha ainda mais importância. O modelo cooperativo (ou participativo) de relação processual, em que juiz e partes atuam conjuntamente na construção em contraditório do resultado do processo, também robustece a ideia de que as provas não possuem como único destinatário o julgador, como já mencionado neste estudo.

Como assevera Hugo Filardi¹⁵⁰:

Num ambiente de democracia processual, em hipótese alguma, podemos conceber o magistrado como destinatário único e absoluto das provas. Seja pela introdução da sistemática de valorização de precedentes, seja em razão de uma necessária mudança cultural e legislativa de postura dos ‘litigantes’, as provas servem à prestação efetiva da tutela jurisdicional e adquiriram um viés extraprocessual de fixação de *standard* comportamental. As provas não

¹⁴⁷ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 68.

¹⁴⁸ GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 23.

¹⁴⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 93.

¹⁵⁰ FILARDI, Hugo. Ações probatórias autônomas. *Revista de Direito Privado*, v. 102, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 5.

são dos juízes apenas, mas, sim, do próprio Estado que justifica seus atos e tem que gerar segurança jurídica para os jurisdicionados.

No tocante à atividade probatória, Flávio Luiz Yarshell afirma que:

A interpretação aqui preconizada, ademais, dá atendimento à exigência de que a atividade de instrução seja feita às claras e de forma leal e se apresenta mais coerente com a ideia de contraditório como colaboração ou cooperação entre partes e juiz, tudo de sorte a fazer com que o princípio impeça decisões que tomem a parte de surpresa; como inegavelmente é o caso daquela que altera as regras sobre ônus da prova.

Deve prevalecer, nessa matéria, a diretriz – encampada pelos arts. 9º e 10 do Código de Processo Civil de 2015¹⁵¹ – de que o juiz, ainda que possa conhecer de dada matéria de ofício, deve previamente abrir oportunidade de manifestação às partes – postulado certamente aplicável em tema de prova¹⁵².

O referido autor aduz, ainda, que “a relevância da contribuição a ser trazida pelas partes é dado irrefutável, sendo, mesmo, inadequada a investigação solitária do órgão judicial, por mais que ao mesmo se reconheça papel relevante nessa seara”¹⁵³. Logo, quer pelo prisma do direito de provar, quer pelo do direito autônomo à prova, as partes devem ter amplo conhecimento ou participação na produção da prova, conjuntamente com o juízo. Só assim, dá-se plena aplicação ao princípio da cooperação e legitima-se o resultado do processo pelo contraditório e a não surpresa.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, seria inclusive admissível o “ativismo judicial” na instrução processual, em prol da aplicação do princípio da cooperação, sempre que houver a necessidade de: (a) promover a igualdade entre os litigantes; (b) resguardar a dignidade da jurisdição; e (c) proteger a indisponibilidade dos direitos e relações jurídico-substanciais. Por outro lado, defende uma conduta passiva do juiz para conservar: (a) a ordinária disponibilidade dos direitos; (b) a predominância do princípio dispositivo em casos de disponibilidade; (c) as regras de ônus processuais; (d) a imparcialidade do juiz¹⁵⁴.

¹⁵¹ “Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

¹⁵² Op. cit., p. 92.

¹⁵³ Op. cit., p. 56.

¹⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. III, 7ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 54.

Verifica-se, enfim, que o modelo de relação processual estabelecido pelo Código de Processo Civil de 2015, em consonância com o próprio modelo constitucional de processo, assegura aos jurisdicionados um ambiente cooperativo de produção de provas, privilegiando também a autonomia das partes e possibilitando a obtenção de soluções consensuais dos conflitos. Eis a concepção atual sobre a garantia do devido processo legal.

No capítulo subsequente, investigar-se-á uma das principais ferramentas de consubstanciação do direito de provar em processo e do direito autônomo à prova, segundo o modelo cooperativo, qual seja a ação de produção antecipada de provas, prevista no artigo 381 do Código de Processo Civil.

3 A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Conquanto seja duvidosa a concepção sobre a prova como instrumento de descoberta da verdade dos fatos a partir dos quais se extrairiam as conclusões jurídicas pretendidas pelas partes, dada a possibilidade meramente formal de reconstituição de um fato, como visto no capítulo anterior, é inegável que a atividade probatória em processo judicial realiza-se, preponderantemente, com os olhos no passado¹⁵⁵.

Portanto, mesmo tendo em conta que a prova tanto pode servir para a formação do convencimento do juiz quanto para simples conhecimento dos fatos por quem deles participou ou neles tenha interesse jurídico, percebe-se que a prova se volta para o passado, ainda que o resultado almejado seja uma situação jurídica futura¹⁵⁶. E isso se pode afirmar também em face do conceito da prova como um mero elemento argumentativo¹⁵⁷.

Justamente porque a certificação de um direito em juízo depende da comprovação das circunstâncias fáticas que a sustentam é que a doutrina processual, com toda razão, afirma “que a prova é a alma do processo de conhecimento”¹⁵⁸.

É certo, porém, que essa reconstituição formal de fatos, na seara do processo judicial, não deve ocorrer antes de as partes exporem em juízo as circunstâncias fáticas do litígio. Ou seja, há uma sequência lógica e insubversível entre a alegação das partes e a produção da prova, para que, antes de mais nada, se defina qual o objeto da prova e os respectivos meios

¹⁵⁵ Neste sentido, Francesco Carnelutti afirma: “noi sappiamo che il primo compito per giudicare è quello di ricostruire il fatto; non potrebbe il giudice procedere al confronto del fatto con la fattispecie prima di averlo ricostruito” (*Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 94).

¹⁵⁶ Relembra-se aqui a lição de Eduardo Couture, para quem, “mais que a um método científico de investigação, a prova civil se assemelha, como se disse, à prova matemática: é uma operação de verificação da exatidão ou erro de outra operação anterior” (*Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 219).

¹⁵⁷ A este respeito, Luiz Guilherme Marinoni assevera que “a decisão judicial é legitimada pelo procedimento que a precede. São a forma e as garantias que permeiam o procedimento que permitem que a decisão daí emanada seja legítima e represente, ipso facto, a manifestação de um Estado de Direito. E essa legitimação se dá na proporção direta do grau de participação que se autoriza aos sujeitos envolvidos no conflito para a formação do convencimento judicial. Assim é que essa participação se dá, em linhas genéricas, por intermédio de alegações e de comprovações; permite-se que as partes afirmem as situações de fato e de direito (em suma, os fatos jurídicos) que embasam suas pretensões ou suas exceções e, como consequência necessária, confere-se a elas a oportunidade de comprovar (rectius, convencer ao magistrado) que tais afirmações de fato são verossímeis. A prova assume, então, um papel de argumento retórico, elemento de argumentação, dirigido a convencer o magistrado de que a afirmação feita pela parte, no sentido de que alguma coisa efetivamente ocorreu, merece crédito” (*Prova e Convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2015, p. 28).

¹⁵⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 222

probatórios a serem empregados. Primeiro, a alegação (e delimitação da matéria cognoscível pelo juiz). Depois, a produção da prova (para a efetiva cognição processual).

Deste modo, eventual produção de prova antes das partes deduzirem suas razões fáticas em processo judicial configura uma medida excepcional, pois significa a subversão da sequência lógica dos atos processuais que tendem à obtenção da tutela jurisdicional. Daí, inclusive, por que tal providência se chama “produção antecipada” da prova.

Isso se diz, evidentemente, em relação ao direito de provar em juízo, pois o direito autônomo à prova, como visto alhures, pressupõe a existência de um conflito de interesses meramente potencial e, pela própria noção de autonomia, não está necessariamente voltado à instauração de um processo além daquele destinado, exclusivamente, à produção da prova.

Por isso, como adiante pormenorizado, poder-se-ia dizer que há uma ação autônoma de produção antecipada da prova, para afastar risco à cognição de outro processo, fundada na necessidade de se antecipar o momento de produção da prova, sob risco de seu perecimento (proteção do direito de provar em juízo), e haveria uma ação autônoma de produção da prova, a ser manejada com fundamento no direito à prova em si, que não corresponderia necessariamente a uma antecipação, já que não vinculada à tutela jurisdicional a ser obtida em outro processo, mas produzida para viabilizar uma análise pelo titular de um direito sujeito a conflito atual ou potencial acerca da possibilidade das chances de satisfação desse direito, se e quando surgir a necessidade da tutela jurisdicional, ou ainda optar por outro método de solução do conflito.

A ação de produção antecipada de prova, na concepção de Fredie Didier Jr., “é a demanda pela qual se afirma o direito à produção de uma determinada prova e se pede que essa prova seja produzida antes da fase instrutória do processo para o qual ela serviria”¹⁵⁹. Ou, ainda, a ação em que se busca o reconhecimento do direito autônomo à prova, tendo sua produção a finalidade de propiciar ao titular de um direito a avaliação sobre a conveniência de buscar a tutela jurisdicional desse direito ou de optar por outro meio adequado de solução de eventual conflito.

Ainda segundo Fredie Didier Jr., trata-se de “ação que se esgota na produção da prova – tão somente. Não se pretende que o juiz reconheça que os fatos foram provados, ou

¹⁵⁹ DIDIER JR., Fredie. Produção antecipada da prova. In: DIDIER JR., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (organizadores). *Coleção Novo CPC – doutrina selecionada*. v. 3: provas. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 647.

que o juiz certifique situações jurídicas decorrentes de fatos jurídicos. O que se busca, simplesmente, é uma decisão que reconheça que a prova foi produzida regularmente”¹⁶⁰.

O legislador do Código de Processo Civil de 2015 preocupou-se, antes de qualquer outro aspecto, com a “topografia” da nova norma, procurando sistematizar as matérias tratadas na lei processual codificada de maneira mais apropriada do que o código até então em vigor, já resultado de várias alterações e reformas que lhe suprimiram a coerência sistêmica¹⁶¹. Destaque-se que o novo CPC tinha, como um dos objetivos primordiais, a melhor sistematização aos temas codificados, a fim de “imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão”¹⁶².

No Código de Processo Civil de 1973, a produção antecipada de provas e a medida cautelar preparatória de exibição de documentos localizavam-se nas Seções V e VI do Capítulo dos Procedimentos Cautelares Específicos (Capítulo II) do Livro do Processo Cautelar (Livro III), notadamente nos artigos 844 a 851¹⁶³. Tratavam-se, pois, de medidas (ou

¹⁶⁰ Op. cit., p. 648.

¹⁶¹ A Exposição de Motivos do CPC/2015, assim delimita o problema: “O Código vigente, de 1973, operou satisfatoriamente durante duas décadas. A partir dos anos noventa, entretanto, sucessivas reformas, a grande maioria delas lideradas pelos Ministros Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, introduziram no Código revogado significativas alterações, com o objetivo de adaptar as normas processuais a mudanças na sociedade e ao funcionamento das instituições. A expressiva maioria dessas alterações, como, por exemplo, em 1994, a inclusão no sistema do instituto da antecipação de tutela; em 1995, a alteração do regime do agravo; e, mais recentemente, as leis que alteraram a execução, foram bem recebidas pela comunidade jurídica e geraram resultados positivos, no plano da operatividade do sistema. O enfraquecimento da coesão entre as normas processuais foi uma consequência natural do método consistente em se incluírem, aos poucos, alterações no CPC, comprometendo a sua forma sistemática. (BRASIL. Senado federal. *Exposição de motivos do anteprojeto do novo código de processo civil*. p. 1. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em 20 de abril de 2020).

¹⁶² Idem, p. 3.

¹⁶³ “Seção V – Da Exibição

Art. 844. Tem lugar, como procedimento preparatório, a exibição judicial:

I - de coisa móvel em poder de outrem e que o requerente repute sua ou tenha interesse em conhecer;

II - de documento próprio ou comum, em poder de co-interessado, sócio, condômino, credor ou devedor; ou em poder de terceiro que o tenha em sua guarda, como inventariante, testamentário, depositário ou administrador de bens alheios;

III - da escrituração comercial por inteiro, balanços e documentos de arquivo, nos casos expressos em lei.

Art. 845. Observar-se-á, quanto ao procedimento, no que couber, o disposto nos arts. 355 a 363, e 381 e 382.

Seção VI – Da Produção Antecipada de Provas

Art. 846. A produção antecipada da prova pode consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial.

Art. 847. Far-se-á o interrogatório da parte ou a inquirição das testemunhas antes da propositura da ação, ou na pendência desta, mas antes da audiência de instrução:

I - se tiver de ausentar-se;

II - se, por motivo de idade ou de moléstia grave, houver justo receio de que ao tempo da prova já não exista, ou esteja impossibilitada de depor.

Art. 848. O requerente justificará sumariamente a necessidade da antecipação e mencionará com precisão os fatos sobre que há de recair a prova.

ações) cautelares específicas, que impunham a instauração de um processo cautelar, entendidas como meios de asseguarção da prova, em caráter preparatório para uso em outro processo, então chamado de processo principal, em que se operava a atividade cognitiva (de certificação de um direito material) ou executiva (de satisfação do direito certificado) pelo juiz. No caso específico da produção antecipada de provas, esta dependia sempre da comprovação dos requisitos da tutela cautelar, isto é, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* (como se extrai do teor dos artigos 847 a 849 do código revogado).

Com a extinção do processo cautelar pelo Código de Processo Civil de 2015, embora mantida a tutela cautelar como modalidade de tutela jurisdicional provisória de urgência (arts. 294 a 310), a produção antecipada de provas, na nova codificação, foi realocada para os artigos 381 a 383, correspondente à Seção II do Capítulo das Provas (Capítulo XII) do Título do Procedimento Comum (Título I) do Livro do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença (Livro I) da Parte Especial do código.

A esse respeito, comentam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery: “é interessante notar que o procedimento não foi incluído na parte do CPC que trata das medidas de urgência, as quais equivalem às antigas medidas cautelares, o que induz à conclusão de que o legislador não quis tratar da produção antecipada de provas como uma medida de urgência”¹⁶⁴.

Tal realocação da produção antecipada de provas na topografia do novo código não significa, contudo, que a medida tenha efetivamente perdido sua natureza cautelar. Pelo menos, em parte.

Como se verá adiante, a produção antecipada de provas tanto manteve sua aplicação para afastar situações de risco à cognição processual, isto é, para assegurar o direito da parte provar em processo judicial, aqui exercendo função cautelar, como também adquiriu, expressamente, a função de possibilitar a solução imediata de um conflito potencial ou já existente, ao viabilizar a autocomposição ou mesmo evitar a propositura de uma ação judicial.

Parágrafo único. Tratando-se de inquirição de testemunhas, serão intimados os interessados a comparecer à audiência em que prestará o depoimento.

Art. 849. Havendo fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação, é admissível o exame pericial.

Art. 850. A prova pericial realizar-se-á conforme o disposto nos arts. 420 a 439.

Art. 851. Tomado o depoimento ou feito exame pericial, os autos permanecerão em cartório, sendo lícito aos interessados solicitar as certidões que quiserem”.

¹⁶⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.012.

Portanto, a opção do legislador processual no novo código parece ter sido a de não definir a produção antecipada de provas apenas por uma das funções a ser exercida, a partir da vigência do CPC/2015, podendo tal medida revestir-se de natureza cautelar (asseguração do direito de provar), como de natureza satisfativa do direito autônomo à prova. Por este motivo, crê-se, a opção do legislador foi a de prever o procedimento judicial de produção antecipada da prova em seção própria do capítulo das provas do título do procedimento comum.

É de se destacar que, mesmo antes da disposição dos artigos 381 a 383 do CPC/2015, a doutrina já preconizava uma distinção entre as situações que autorizavam a medida cautelar prevista no CPC/1973. Vale dizer: já havia a percepção de que tal medida, mesmo pressupondo a urgência (à exceção da exibição de documentos, que possuía previsão de medida cautelar própria) revestia-se de autonomia – por não perder eficácia na hipótese de o requerente deixar de propor a ação principal – podendo ser obtida, ainda, ora como medida preventiva, ora como medida preparatória.

Em outras palavras, a doutrina processual civil já enxergava, na denominada “medida cautelar” (ou ação cautelar, para os que a admitem¹⁶⁵) de produção antecipada de provas, caracteres que, na prática, extrapolavam a mera referibilidade característica da tutela cautelar¹⁶⁶. Sobre a distinção que já se notava no regime do código de 1973, entre as medidas de antecipação da prova que eram preparatórias e as que eram preventivas de processo de conhecimento, assevera Moacyr Amaral Santos:

A diferença entre a medida propriamente preventiva e a preparatória está no fim visado por elas. Aquela tem em vista antes resguardar, acautelar, assegurar um direito, prevendo a possibilidade de sua violação e, pois, de litígio; esta já objetiva um direito violado ou ameaçado, pelo que tende a preparar elementos que sirvam de fundamento à ação em que vai ser pleiteada a sua restauração, ou seu conhecimento¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Para Pontes de Miranda, a “ação” (sentido processual) é direito nascido da frustração de uma “pretensão”, a qual configura a possibilidade de exigir de alguém uma prestação, correspondente a uma relação de direito material. Como a tutela cautelar, conceitualmente, não é voltada à tutela do direito material (no plano imediato), mas apenas à assegurar a futura satisfação desse direito (segurança da execução), no processo principal (cognitivo ou executivo) a qual a tutela cautelar se refere, não seria adequado falar-se em “ação cautelar”. A respeito, ver PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Tomo I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. Em sentido contrário, admitindo a existência de uma “ação cautelar”, ver BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil – Vol. 3: Processo Cautelar*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

¹⁶⁶ Os conceitos de cautelaridade e satisfatividade, com que se relacionam as expressões “referibilidade” e “autonomia” serão expostos em tópico específico deste estudo.

¹⁶⁷ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e comercial*. vol. I, 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1982, p. 324.

A percepção doutrinária de que a medida cautelar de produção antecipada de provas, sendo essencialmente autônoma, por manter sua eficácia independentemente da existência de um processo principal, poderia ter outras finalidades que não apenas sua utilização em juízo e dependente da comprovação da urgência, como, por exemplo, a de simplesmente certificar a ocorrência de um fato para possibilitar a solução consensual de um conflito ou evitar a discussão de um direito em juízo, como se observava no direito comparado (v.g., no direito norte-americano com a *discovery* e no direito inglês com a *disclosure*), paulatinamente, foi agregando manifestações doutrinárias no sentido da necessidade de revisão da aplicabilidade que lhe era atribuída pelo CPC/73.

Contudo, como se disse no capítulo anterior deste estudo, foi com a obra “Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova”, apresentada por Flávio Luiz Yarshell, em 2009, que demonstrou a existência de um direito à obtenção da prova de um fato não necessariamente vinculada à sua utilização em juízo, importante fator de motivação para que a Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal n. 379 (editado naquele mesmo ano), destinada a elaborar o Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil, inserisse no texto do anteprojeto o art. 271, o qual dispunha:

Art. 271. A produção antecipada da prova, que poderá consistir em interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial, será admitida nos casos em que:

I – haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;

II – a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a tentativa de conciliação;

III – o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação¹⁶⁸.

Surgia o esboço do que viria a ser a consolidação da concepção doutrinária sobre a necessidade de previsão de uma ação autônoma de produção de prova, não apenas para os casos de assecuração da prova a ser valorada/utilizada em juízo, em outro processo ou procedimento (afastando situação de risco à cognição processual), mas também para produção de prova que pudesse auxiliar o titular de um direito a averiguar a conveniência ou não de buscar a tutela jurisdicional desse direito ou optar por método de solução consensual do conflito.

¹⁶⁸ BRASIL. Senado Federal. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 28 de abril de 2021.

A respeito do caráter autônomo da ação de produção antecipada de provas, aduz Eduardo Talamini¹⁶⁹:

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

Com efeito, após a tramitação em ambas as casas legislativas, o Congresso Nacional aprovou o texto final do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015), que assim dispõe em seus artigos 381 a 383 sobre o procedimento de produção antecipada de provas¹⁷⁰:

Art. 381. A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que:
I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;
II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;
III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

§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.

§2º. A produção antecipada da prova é da competência do juízo do foro onde esta deva ser produzida ou do foro de domicílio do réu.

§3º. A produção antecipada da prova não previne a competência do juízo para a ação que venha a ser proposta.

§4º. O juízo estadual tem competência para produção antecipada de prova requerida em face da União, de entidade autárquica ou de empresa pública federal se, na localidade, não houver vara federal.

§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.

Art. 382. Na petição, o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair.

§1º. 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.

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

¹⁶⁹ TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 260, 2016, p. 20.

¹⁷⁰ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Institui o Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 20 de abril de 2020.

§3º. Os interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora.

§4º. Neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário.

Art. 383. Os autos permanecerão em cartório durante 1 (um) mês para extração de cópias e certidões pelos interessados.

Parágrafo único. Findo o prazo, os autos serão entregues ao promovente da medida.

Da leitura do artigo 381 do CPC/2015, verifica-se a existência de duas hipóteses de cabimento da ação autônoma de produção antecipada de provas.

Segundo o inciso I, a ação é cabível quando “haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação”. Trata-se da hipótese cautelar de cabimento da medida, já existente de forma expressa na legislação processual anterior (como dito alhures), em que se busca o afastamento de uma situação de risco à cognição do juiz em processo futuro, ou já instaurado (mas que ainda não tenha alcançado a fase de instrução), voltado à tutela jurisdicional de um direito. Neste caso, como se antolhe do próprio teor da norma, haverá a necessidade de demonstração do requisito da urgência. Pois, de outro modo, incumbiria ao interessado na produção da prova, à mingua da possibilidade de perecimento, aguardar a oportunidade produzi-la na respectiva fase processual (de instrução).

Já segundo os incisos II e III, a ação autônoma de produção antecipada de provas terá cabimento quando “a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito”, ou quando “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”.

Na primeira hipótese de cabimento, busca-se a proteção do direito de provar em juízo, mediante a demonstração de que a prova está sob risco de perecimento se não produzida desde logo (asseguração da prova). Na segunda hipótese, busca-se a satisfação do direito à prova, como providência que permita ao titular de um direito supostamente lesado, ou na iminência se sê-lo, avaliar melhor a conveniência de demandar a tutela jurisdicional ou optar pela solução consensual do conflito.

A respeito das hipóteses de cabimento da ação autônoma de produção antecipada de provas prevista no Código de Processo Civil de 2015, comenta Teresa Arruda Alvim¹⁷¹:

(...) o legislador do NCPC deu ênfase ao que se pode chamar de um direito autônomo à prova.

Além da produção antecipada da prova com base na urgência, em razão do risco de perecimento do seu objeto ou fonte, o NCPC, no art. 381, II e III, prevê a possibilidade de produção da prova antes da propositura do processo de conhecimento quando tal medida possa viabilizar tentativa de solução consensual do conflito ou auxiliar as partes no juízo de deliberação prévio à propositura da ação principal.

A apuração previa 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 realidade.

E aqui se diz que ambos os incisos II e III do art. 381 do CPC/2015 corresponderiam a uma mesma hipótese de cabimento da ação de produção antecipada de provas, qual seja a de proteção do direito autônomo à prova, porque a consequência de ambas as situações seria a mesma: propiciar a opção do titular de um direito pelo método mais adequado de solução do conflito, atual ou iminente. Isto é, também quando o melhor conhecimento sobre os fatos ou sobre a capacidade de demonstrá-los induz o titular do direito a demandar – ou a não demandar – em juízo, considera-se que a produção antecipada da prova está a possibilitar a solução de um conflito por método alternativo à jurisdição.

Neste sentido, afirma Cassio Scarpinella Bueno¹⁷²:

(...) é digno de destaque o inciso III, que autoriza a produção da prova antecipada mesmo quando não há perigo na sua colheita e conservação, mas bem diferentemente, porque o prévio conhecimento dos fatos pode justificar ou evitar o ajuizamento de ação. Bem compreendida a hipótese, ela mesma faz (ou pode fazer) as vezes de um meio adequado de resolução de conflitos.

Contudo, as situações mencionadas no art. 381 do CPC/2015 permitem traçar uma divisão clara entre as finalidades da ação autônoma de produção antecipada de prova. Há, de um lado, a antecipação da produção da prova com a finalidade conservativa, ou assecuratória, do direito de provar em juízo (inciso I), afastando-se risco à cognição do juiz em outro processo (já em curso ou a ser instaurado). E, de outro lado, a antecipação da prova com a

¹⁷¹ ARRUDA ALVIM, Teresa (coord.). *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 660.

¹⁷² BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 277.

finalidade constitutiva (ou proativa¹⁷³), de imediata satisfação do direito à prova, para oportunizar a solução consensual de um conflito, justificar ou evitar uma demanda judicial.

Na primeira hipótese, antecipa-se efetivamente o momento da produção da prova (mas não sua valoração em juízo, como se verá adiante), pois há evidente relação finalística (ou teleológica) entre a prova a ser produzida e a proteção da cognição a ser exercida pelo juiz em outro processo. Na segunda hipótese, a doutrina também denomina “produção antecipada” da prova, embora o mais adequado seria falar somente em ação autônoma de produção da prova, pois sua finalidade não está relacionada a outro processo, mas visa apenas à satisfação do direito subjetivo dos interessados à prova, como meio de solução consensual e imediata de um conflito.

Importante destacar que o CPC/2015 manteve a disposição normativa segundo a qual o procedimento da produção antecipada de prova se aplica “àquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter contencioso” (art. 381, §5º), reproduzindo, com pequenos ajustes na redação, a previsão do arts. 861 do CPC/1973¹⁷⁴.

Também a outrora denominada medida cautelar de arrolamento de bens (dos arts. 855 a 860 do CPC/1973), desde que não haja requerimento de apreensão dos bens a serem arrolados, observará o procedimento da ação autônoma de produção antecipada de provas, consoante o disposto no §1º do art. 381 do CPC/2015¹⁷⁵.

Portanto, o atual Código de Processo Civil brasileiro rompe com a tradição de antecipação da prova como mero instrumento acautelatório e com o propósito único de resguardar ou conservar a plena eficácia da prova a ser utilizada em outro processo, criando uma nova ação (autônoma, face à desnecessidade de vinculação a processo diverso), com o

¹⁷³ A esse respeito ver: SUCUNZA, Matías A.; VERBIC, Francisco. Prueba anticipada em el nuevo Código Procesal Civil: un instituto relevante para la composición eficiente, informada y justa de los conflictos. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (coords.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Direito Probatório. vol. 5. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 599-620.

¹⁷⁴ “(...) o CPC unificou a ação probatória autônoma, fundindo a *produção antecipada de prova* e a *ação de justificação*, tal como haviam sido reguladas pelo CPC-1973. A doutrina postulava essa fusão, em razão da superposição que havia entre os procedimentos – a produção antecipada de prova (CPC-1973) servia à prova testemunhal, mas pressupunha urgência; a justificação apenas servia à prova testemunhal, e dispensava a urgência. Simplificação procedimental muito bem-vinda”. [DIDIER JR., Fredie. *Produção antecipada da prova*. In: DIDIER JR., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (organizadores). *Coleção Novo CPC – doutrina selecionada*. v. 3: provas. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 652].

¹⁷⁵ “O CPC-1973 previa três espécies de ações probatórias: a produção antecipada de prova, que se fundava em urgência e se restringia às provas oral e pericial; a justificação, que dispensava a urgência e se restringia à prova testemunhal; a ação de exibição de documento, que era prevista no rol dos meios de prova e como ‘ação cautelar’”. (Idem, p. 648).

propósito de permitir a solução consensual do conflito de interesses, ou seja, alternativa à eleição da jurisdição, já que permite melhor avaliação do titular do direito sobre suas chances de êxito em eventual demanda judicial.

O fim maior da atual previsão de uma ação probatória autônoma no Código de Processo Civil é evitar a dedução em juízo de pretensões infundadas por desconhecimento dos fatos (ou pela impossibilidade de demonstrá-los), em sintonia com a ideia de maior autonomia às partes e fomento ao sistema multiportas de tutela de direitos.

Já quanto aos meios de prova admitidos como objeto da ação autônoma de produção antecipada, apesar do silêncio do legislador (que no código revogado tratava expressamente da questão nos arts. 846, 847 e 849), o entendimento prevalecente em doutrina é o de que todos os meios de prova, à exceção do pedido de exibição de prova documental, que manteve a previsão de um procedimento próprio nos artigos 396 a 404 do CPC/2015, correlatos aos artigos 355 a 363 do CPC/1973, podem ser objeto do pedido de produção antecipada judicial¹⁷⁶.

Ressalte-se, ainda, a posição doutrinária já consolidada no sentido de que pode haver a cumulação de mais de um meio de prova no pedido de produção antecipada, como aduzem Marco Antonio Rodrigues e João Ricardo Ferreira Fortini Pimentel¹⁷⁷:

Na ação de asseguaração de provas, imperioso afirmar, ainda, a possibilidade de cumulação de mais de um meio de prova dentro de uma mesma ação, bem como a produção de mais de uma prova, desde que baseada num mesmo fato que deu ensejo à demanda, contanto que não provoque um retardamento excessivo no processamento. Assim, a produção antecipada de prova pode ser referente a provas orais, compreendendo interrogatórios e inquirição de testemunhas, provas periciais ou qualquer outro meio de prova, observando a amplitude prevista no art. 381 do CPC.

No mesmo sentido, asseveram Teresa Arruda Alvim *et al.*: “(...) A lei se refere expressamente à justificação e ao arrolamento. (...) Mas a ação probatória autônoma não se limita a essas medidas, caracterizando-se pela sua atipicidade. Pode envolver tanto a produção de prova oral quanto pericial e mesmo a inspeção, desde que o juiz se limite a descrever os fatos, sem expressar qualquer tipo de valoração”¹⁷⁸.

¹⁷⁶ “Pode-se requerer a antecipação da produção de qualquer prova, ressalvada a prova documental, cuja produção se pede por meio da ação de exibição”. (Idem, p. 648).

¹⁷⁷ RODRIGUES, Marco Antonio. PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini. A preparação do processo civil: Produção antecipada de provas, diligências preliminares, pretrial Discovery e os pre-action protocols. *Revista dos Tribunais On-line*, 2019, p. 5. Acesso em 29 de abril de 2021.

¹⁷⁸ ARRUDA ALVIM, Teresa (coord.). *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 660.

No que tange à inspeção judicial, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart concordam que esta modalidade de prova pode ser objeto de produção antecipada, desde que o juiz se limite à mera descrição dos fatos que viu e examinou, sem emitir qualquer juízo de valor. Poderia, no entanto, instruir o auto respectivo com ilustrações gráficas ou fotografias, que teriam especial relevância na (eventual) valoração feita por outro juízo ou em outro processo¹⁷⁹.

Aliás, a respeito da celeuma existente sobre o momento em que o juiz produz a prova e o momento em que a valora, dada a importância do tema para os efeitos e limites da ação autônoma de produção de prova, passa-se a analisar em tópico específico.

3.1 PRODUÇÃO DA PROVA X VALORAÇÃO DA PROVA

O direito de provar num determinado processo judicial designa também o direito da parte atuar concretamente na formação do convencimento do juiz a propósito dos fatos articulados, através de todos os meios lícitos e moralmente legítimos¹⁸⁰ de que disponha.

Quando se fala em atividade probatória no âmbito processual, há que se ter em conta que tal atividade é composta, na prática, por uma sequência de providências, que se inicia com o requerimento de produção da prova pela parte, à exceção da prova documental já obtida (ou acessível às partes ao tempo de seus articulados iniciais no processo) e que deve ser apresentada (ou produzida) com a petição inicial pelo autor, ou com a resposta pelo réu, conforme artigo 434 do Código de Processo Civil¹⁸¹. A partir do requerimento, o juiz deverá averiguar a admissibilidade da prova, sua correlação e utilidade para a demonstração do fato probando¹⁸² e mesmo a necessidade de sua produção (*i.e.*, se não se trata de fato confesso, notório ou a favor do qual milita presunção de veracidade não derruída pela parte contrária). Em deferindo o requerimento (ou determinando-a de ofício, via excepcional segundo o

¹⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 123.

¹⁸⁰ “Art. 369. 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”. (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Institui o código de processo civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 20 de abril de 2020).

¹⁸¹ “Art. 434. Incumbe à parte instruir a petição inicial ou a contestação com os documentos destinados a provar suas alegações”. (Idem).

¹⁸² “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”. (Idem).

princípio dispositivo que informa o processo civil), ocorrerá a produção da prova, pelo emprego do meio respectivo (pericial, oral ou por inspeção judicial – ainda cabendo ordem de exibição documental, se o documento estiver em mãos da parte contrária ou de terceiro). Após sua produção em juízo, ocorrerá a valoração da prova (sua análise, propriamente dita) como elemento de demonstração da veracidade da alegação fática probanda, momento em que o juiz decidirá se foi comprovado o fato controvertido no processo e, em caso positivo, se ele conduz à conclusão jurídica almejada por quem o alegou¹⁸³.

Segundo Flávio Luiz Yarshell, o direito de provar em juízo compreenderia “as prerrogativas de buscar a prova e a ela ter acesso; de requerê-la, de tê-la admitida; de participar da respectiva produção; e finalmente, de obter a correspondente valoração”¹⁸⁴.

No mesmo sentido, para Adriano Caldas e Marco Félix Jobim, “costuma-se reconhecer que o direito fundamental à prova tem como pressuposto, não só a possibilidade de as partes apresentarem suas alegações em juízo (propositura), mas também o direito a um juízo de admissibilidade motivado (admissão), passando pela produção da prova e culminando com a efetiva influência na formação do convencimento do julgador (valoração)”¹⁸⁵.

Portanto, estariam abrangidos pela atividade probatória (ou de instrução processual): o requerimento, a admissão, a produção e a valoração da prova em juízo.

Quanto à valoração da prova, trata-se de elemento essencial da entrega da prestação jurisdicional. A certificação de um direito que envolva a análise de circunstâncias fáticas não pode prescindir da valoração da prova produzida no processo¹⁸⁶.

Segundo Robson Renault Godinho¹⁸⁷:

Sentença não é fruto nem objeto de crença; trata-se de ato estatal submetido a controle e que deve se integrar a um arcabouço constitucional que lhe

¹⁸³ “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”. (Idem).

¹⁸⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 210.

¹⁸⁵ CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix. A produção antecipada de prova e o novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (coords.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Direito Probatório. vol. 5. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 545.

¹⁸⁶ Para Marcelo Lima Guerra: “Apesar do muito que se tem produzido sobre temas como *provas ilícitas* e *ônus da prova*, inclusive, com grande qualidade, quase nada se escreveu de significativo e com a profundidade necessária, sobre um tema crucial, como aquele relativo à valoração da prova (ou “apreciação da prova”). Evidência disso é que um dos pontos mais problemáticos dessa temática – aquele relativo aos *estândares* probatórios – é sistematicamente ignorado na doutrina nacional, com algumas pouquíssimas e honrosas exceções”. (GUERRA, Marcelo Lima. Sobre as noções probatórias básicas. In: *Coleção Novo CPC – doutrina selecionada*. v. 3: provas. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 145-152).

¹⁸⁷ GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 72.

impõe limites e a condiciona. Problemas que se vislumbram nesse contexto e que o art. 489, § 1º, do novo CPC visa a evitar: fundamentação fictícia, dissociadas das circunstâncias do caso concreto; motivação implícita, que se satisfaz com a incompatibilidade aparente entre argumentos, sem que se explique até mesmo no que consiste a incompatibilidade; motivação *per relationem*; motivação que se limita a reproduzir jurisprudência, sem demonstrar a pertinência com o caso concreto.

Também se mostra atentatória à plenitude da motivação a referência parcial às provas, limitando-se a mencionar aquelas que confirmam a conclusão, desprezando as demais, como se fosse possível uma espécie de seleção artificial em matéria probatória. A valoração das provas também deve ser objeto de fundamentação plena.

No curso do processo judicial (especialmente nos de natureza cognitiva), a valoração deve estar encadeada à produção da prova; deve ocorrer imediatamente após o término da fase de instrução, i.e., no início da fase decisória. Ou seja, finda a coleta dos elementos de prova e oportunizadas as razões finais das partes, o juiz deve proferir a sentença – a qual configura o resultado da cognição processual –, em que deverá expor seu exame detalhado sobre as provas coligidas, ou sua valoração, culminando no acolhimento ou não da pretensão de direito material deduzida pelo autor da ação. A produção e a valoração da prova são, portanto, providências sequenciais e complementares entre si. E, ressalvada a superveniência de alguma causa de suspensão (art. 313, CPC) ou de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 485, CPC), não deve haver solução de continuidade entre uma e outra providência no *iter* de um mesmo processo.

Diferentemente, contudo, ocorre na ação de antecipação da produção da prova.

Conforme o artigo 382, §2º, do Código de Processo Civil, na produção antecipada de prova: “o juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoccorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas”.

Isto é, no âmbito da ação de produção antecipada de provas a atividade instrutória cessa na produção da prova em si. A valoração pertencerá exclusivamente aos interessados, na hipótese dos incisos II e III do art. 381 do CPC, quando a prova é produzida para melhor conhecimento dos fatos pelos interessados e para viabilizar uma solução consensual do conflito. Ou será realizada pelo juiz, se e quando houver a instauração de outro processo para a discussão do direito material cuja certificação depende da verificação do fato probando.

Como esclarece Fredie Didier Jr., o procedimento de antecipação probatória em tela refere-se à “ação que se esgota na produção da prova – tão somente. Não se pretende que o juiz reconheça que os fatos foram provados, ou que o juiz certifique situações jurídicas

decorrentes de fatos jurídicos. O que se busca, simplesmente, é uma decisão que reconheça que a prova foi produzida regularmente”¹⁸⁸.

Segundo Daniel Amorim de Assumpção Neves, “a ação probatória autônoma, afinal, não é uma ação meramente declaratória – de fato nem de direito –, limitando-se à produção da prova”¹⁸⁹.

Fredie Didier Jr.¹⁹⁰ aduz, ainda, que:

A valoração da prova será feita, se for o caso, na decisão que examinar o direito que se funda nos fatos cuja prova se pretendeu produzir na ação probatória autônoma; ou seja, ela somente será valorada pelo juiz se *i*) a parte vier a promover outra ação, em que afirma outro direito, cujo suporte fático será provado com a prova produzida antecipadamente; *ii*) o juiz julgar a demanda, já em curso, que se funda em direito cujo suporte fático foi provado com a prova produzida antecipadamente.

Mas o autor lembra que a valoração judicial da prova produzida nem sempre ocorre, “pois o requerente pode não ajuizar futura demanda”¹⁹¹.

Em contraponto interessante, Flávio Luiz Yarshell ressalta que haveria valoração da prova produzida por ação autônoma antes do momento próprio (*i.e.*, da fase de instrução) no processo instaurado para a certificação do direito fundado no fato probando, caso o requerente tenha formulado pedido de tutela provisória. Nesta hipótese, pelo menos em nível de cognição sumária, o juiz fará uma valoração sobre a verossimilhança das alegações do requerente à luz da prova produzida antecipadamente. Assim, “na antecipação da tutela há efetiva valoração antecipada da prova, precisamente para que se possa negar ou deferir o correspondente pleito. Contudo, note-se que, nesse caso, a valoração da prova é feita em concreto e serve de fundamento a uma dada decisão judicial; portanto, devidamente motivada e eventualmente sujeita a controle recursal. A valoração da prova pelo órgão judicial em tais hipóteses é – ainda que marcada por caráter provisório – indispensável à edição do ato a que está obrigado”¹⁹².

Marco Antonio Rodrigues e João Ricardo Ferreira Fortini Pimentel, por outro lado, relacionam a incorrência da valoração da prova pelo juiz, na ação de produção antecipada, à

¹⁸⁸ DIDIER JR., Fredie. Produção antecipada da prova. In: DIDIER JR., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (organizadores). *Coleção Novo CPC – doutrina selecionada*. v. 3: provas. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 648.

¹⁸⁹ NEVES, Daniel Amorim de Assumpção. *Novo Código de Processo Civil: inovações, alterações e supressões comentadas*. São Paulo: Método, 2015, p. 322.

¹⁹⁰ Op. cit., p. 658.

¹⁹¹ Op. cit., p. 648.

¹⁹² Op. cit., p. 293.

inexistência de prevenção do juízo para futuro processo em que se discutirá o direito material fundado no fato probando. Aduzem, sobre a antecipação da prova, que “não necessariamente será o juízo que a produz aquele que irá conhecê-la quando do ajuizamento da ação principal”. Assim, afirmam que “inexiste prevenção do juízo, obedecendo à regra de competência prevista no § 2º do art. 381 do CPC, pela qual o pedido deve correr no foro em que a prova deva ser produzida, ou naquele de domicílio do futuro réu da demanda principal a ser ajuizada, cabendo destaque ainda ao § 3º segundo o qual a demanda probatória antecipada não gera prevenção do juízo para efeitos do ajuizamento futuro da ação principal”¹⁹³.

Pela mesma razão, tais autores destacam o entendimento manifestado na Súmula n. 154 do Supremo Tribunal Federal¹⁹⁴, segundo a qual o ajuizamento de uma ação de produção antecipada de prova não possui o condão de interromper o prazo prescricional, tendo em vista que o requerente não deduz qualquer pretensão de direito material “além da conservação de prova”¹⁹⁵.

Ainda com relação à atividade judicial na produção antecipada de provas, Flávio Luiz Yarshell destaca que a imparcialidade do juiz é fundamental para a validade e eficácia da prova a ser eventualmente utilizada em outro processo. Neste sentido, assevera¹⁹⁶:

É certo, como já foi realçado, que a produção da prova não contém uma declaração do direito - e, nessa medida, não representa propriamente um julgamento.

Mas, como já se procurou demonstrar, a intervenção estatal na produção da prova – e isso fica ainda mais claro quando ela ocorre de forma antecipada – não se limita aos meros registro e documentação, mas consiste em verdadeira e concreta atuação do direito objetivo.

Assim, se não há declaração do direito no caso concreto, há pelo menos a resolução de questões para as quais a imparcialidade é imprescindível se não para a simples atividade de produção, para preservação da validade e da eficácia do quanto se produziu.

O aludido autor, a propósito da questão da imparcialidade, questiona se seria viável a admissão da produção de provas por outro órgão estatal, considerando que a intervenção judicial, não raro, pressupõe a prática de atos coercitivos ou atos de força *lato sensu*, tais como a quebra de sigilo, a condução de testemunha sob vara, entre outros, os quais exigem

¹⁹³ RODRIGUES, Marco Antonio. PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini. A preparação do processo civil: Produção antecipada de provas, diligências preliminares, pretrial Discovery e os pre-action protocols. *Revista dos Tribunais On-line*, 2019, p. 5-6. Acesso em 29 de abril de 2021.

¹⁹⁴ Súmula 154 do STF: “Simplex vistoria não interrompe a prescrição”.

¹⁹⁵ Op. cit., p. 5.

¹⁹⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 288-289.

esse importante atributo do agente responsável pela constituição da prova. A tal respeito, esclarece:

Convém observar que, mais que simplesmente útil, a intervenção estatal para a produção antecipada da prova pode ser eventualmente indispensável, na medida em que ela envolva a prática de atos de força ou de alguma forma privativos do Estado.

Por outro lado, sendo indispensável a prática de atos de coerção ou privativos do Estado, é de se duvidar que outro órgão estatal – que não integre o Poder Judiciário ou, ao menos, que não seja marcado por rigorosa imparcialidade – possa determiná-los.

Com efeito, ainda que se possa admitir uma presunção de legalidade e de legitimidade de outros órgãos estatais para referido mister, se a estes faltar o atributo da imparcialidade, não há como admitir a prevalência de sua vontade sobre a daquele que resiste à prática de certa providência de instrução, se escudado em garantias constitucionais ou legais. É pensar, mais uma vez, no sigilo bancário ou fiscal e na intimidade, entre outros. Certo que essas garantias, sejam quais forem, não terão caráter absoluto, e a descoberta da verdade relativamente a certos fatos poderá, no confronto dos valores em jogo, sobrepor-se às mesmas. Mas essa tarefa cabe privativamente ao órgão imparcial, porque do contrário se daria margem para a exclusão da apreciação pelo Poder Judiciário de alegação de lesão a direito¹⁹⁷.

Verificada, portanto, a essencial característica da ação probatória autônoma no sentido de estar adstrita à obtenção ou à pré-constituição da prova, com valoração judicial relegada a outro processo (o qual poderá nem ocorrer), volta-se à análise das hipóteses de cabimento da medida, as quais correspondem a: *i*) antecipação da prova como meio de afastar situação de risco à cognição do juiz em outro processo; *ii*) antecipação da prova como meio de viabilizar a solução consensual de conflitos.

3.2 A ANTECIPAÇÃO DA PRODUÇÃO DE PROVA COMO MEIO DE AFASTAR SITUAÇÃO DE RISCO À COGNIÇÃO PROCESSUAL (ARTIGO 381, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL)

Conforme o disposto no inciso I do artigo 381 do Código de Processo Civil, a ação autônoma de produção antecipada de prova terá cabimento quando houver “fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação”.

Deveras, na vida cotidiana, ocorrem situações que podem dificultar ou mesmo inviabilizar a produção de uma prova em determinado processo, caso a parte interessada tenha

¹⁹⁷ Op. cit., p. 301-302.

que aguardar a fase instrutória, que, como visto dito anteriormente, corresponderia ao momento apropriado à investigação dos fatos que foram previamente expostos pelas partes (na fase postulatória), como elemento constituinte de suas respectivas teses jurídicas.

E o perecimento da prova, nessas circunstâncias, equivaleria não apenas à frustração do direito da parte comprovar seus argumentos em juízo – como atributo essencial das garantias constitucionais do devido processo legal e do acesso à justiça –, mas também prejuízo à própria função jurisdicional estatal, na medida em que comprometeria a cognição processual do juiz.

Segundo Fredie Didier Jr., “esta é a tradicional situação que justifica a produção antecipada de prova: o risco de a prova não mais poder ser produzida. Busca, então, a produção de uma prova que ‘perpetue a memória da coisa’ (prova *ad perpetuam rei memoriam*)”¹⁹⁸.

São exemplos dessas situações: a testemunha que está doente e pode vir a falecer, impondo-se a antecipação de sua oitiva; a obra que pode ruir ou que precisa ser concluída ou refeita, impondo-se a antecipação do exame pericial para constatação dos vícios construtivos e/ou dos prejuízos deles decorrentes; a necessidade de imediata inspeção judicial para que se constate uma dada hipótese de esbulho ou turbação possessória coletiva, em face da possibilidade de acirramento dos ânimos pessoais que possa convolar-se em atos de violência e danos patrimoniais.

Nestes casos, de um lado, a antecipação da prova tem a finalidade de afastar o risco à atividade cognitiva do Estado-juiz em determinado processo e, de outro, resguardar o direito da parte provar em juízo.

3.2.1 Proteção do direito de provar no processo judicial

O direito da parte provar suas alegações num processo está, quanto a seus efeitos, intimamente ligado à declaração por sentença do direito postulado. Isto é, a parte só pretende produzir a prova porque almeja o provimento jurisdicional de um direito não satisfeito no plano extrajudicial. Produzir a prova, neste contexto, não tem outro sentido senão a subsequente valoração e formação do convencimento do juiz acerca do direito pleiteado.

¹⁹⁸ DIDIER JR., Fredie. Produção antecipada da prova. In: DIDIER JR., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (organizadores). *Coleção Novo CPC – doutrina selecionada*. v. 3: provas. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 650.

Portanto, quando se pretende produzir prova antecipadamente à respectiva fase instrutória de um processo (ou antes mesmo de sua instauração), há um indissociável vínculo teleológico entre a produção da prova e a entrega da prestação jurisdicional. Numa palavra, não se busca apenas conhecer ou esclarecer fatos, nem tampouco a mera obtenção (ou pré-constituição) da prova. O que se quer, em última análise (como principal objetivo), é a proteção do direito de provar em juízo.

A hipótese de cabimento da ação de produção antecipada de prova descrita no inciso I do artigo 381 do Código de Processo Civil revela justamente essa perspectiva. Ao mencionar que a antecipação da produção da prova pode ser requerida diante do “fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação”, fica evidente a finalidade de proteger a cognição processual e, conseqüentemente, garantir a utilidade da tutela jurisdicional do direito cuja certificação se apoia no fato probando.

Nesta hipótese, inclusive, faz sentido o emprego da expressão “antecipação” para designar o momento de produção da prova, já que se tem em vista resguardar a tutela jurisdicional em outro processo, cuja espera pela fase instrutória possa acarretar o perecimento da prova.

Tal finalidade da produção da prova como meio de afastar situação de risco à cognição processual, atribui algumas particularidades ao respectivo provimento judicial, como adiante demonstrado.

3.2.2 Características

Sempre houve controvérsia a respeito da natureza da produção antecipada de provas no regime do Código de Processo Civil de 1973. Lembre-se, inicialmente, que tal providência judicial situava-se no “Livro III – Do Processo Cautelar”, dentre as medidas cautelares específicas, disposta nos artigos 846 a 851. Seu requerimento dependia da comprovação do *periculum in mora* e sua realização podia ocorrer mesmo nos períodos de recesso forense, como dispunha o artigo 173, I, do mesmo *codex*¹⁹⁹.

¹⁹⁹ “Art. 173. Durante as férias e nos feriados não se praticarão atos processuais. Excetuam-se: I - a produção antecipada de provas (art. 846)”;

Majoritariamente, as concepções doutrinárias atribuíam efetiva natureza cautelar à produção antecipada de prova do CPC/1973, dada sua finalidade de resguardar a função cognitiva da jurisdição a se realizar no processo principal²⁰⁰.

De um lado, autores como Luiz Fux²⁰¹ e Nelson Nery Jr.²⁰², escudados pela jurisprudência dos tribunais brasileiros, defendiam que a produção antecipada de provas seria tipicamente cautelar, pressupondo, como dito acima, a demonstração do perigo da demora exigida pelos arts. 847 e 849 do CPC/1973. Daniel Assumpção Neves, inclusive, propunha uma leitura ampla do significado da expressão “perigo da demora”, para conceber nela a própria necessidade de conhecimento prévio dos fatos a fim de evitar o ajuizamento de uma demanda fadada ao insucesso, a depender da prova produzida (reflexão que já prenunciava a ampliação das hipóteses de cabimento da produção antecipada de prova segundo a legislação processual atual). Segundo o autor:

A doutrina, de forma uníssona, entende que o *periculum in mora* das cautelares probatórias diz respeito ao perigo de a prova não poder ser mais produzida, enquanto, para as demais cautelares, esse fenômeno jurídico diz respeito ao perigo que o resultado útil do processo corre em decorrência do tempo. A proposta é redimensionar o conceito de *periculum in mora* para as cautelares probatórias; entende-se também nestas que o fenômeno processual diz respeito ao perigo de ineficácia do resultado final do processo. A prova antecipada, assim, será hipoteticamente necessária a um resultado positivo (isto é, futuro ajuizamento de demanda admissível); somente esse resultado poderá ser eficaz, de forma que, em última análise, embora de forma hipotética, a produção antecipada de prova também tem a função de garantir um resultado positivo no processo principal, única forma de falar em resultado eficaz e útil.

(...) Ao aplicar-se esse conceito de *periculum in mora* às ações probatórias autônomas, será possível defender sua natureza cautelar em qualquer hipótese, mesmo quando for possível a produção da prova posteriormente, porque uma prova favorável sempre funcionará para a obtenção de um resultado positivo, condição *sine qua non* para falar em resultado eficaz²⁰³.

De outro lado, no entanto, autores como Galeno Lacerda e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, preconizavam que a produção antecipada de prova poderia assumir caráter satisfativo, não apenas assegurando a pretensão do requerente a ser deduzida em outro processo. A esse propósito, afirmavam:

²⁰⁰ Indiscutível a relação de acessoriedade do processo cautelar, o qual deveria ser instaurado, necessariamente, conforme o CPC/73, para a concessão da tutela cautelar.

²⁰¹ FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1633-1634.

²⁰² NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 3ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 960.

²⁰³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 495.

Aspecto significativo, que de modo nenhum pode ser desconsiderado, concerne à existência de espécies em que não se cogita sequer de segurança de prova, prescindindo-se do requisito do *periculum in mora*. A vistoria será pedida com o só intuito de se apropriar o requerente de dados para conhecimento de determinados fatos ou para aforamento de eventual demanda futura. Nessas hipóteses, como bem se compreende, está afastada a natureza cautelar da medida, à semelhança do que ocorre na exibição de coisa ou de documentos mesmas condições. A vistoria desde logo satisfaz (e não apenas assegura) a pretensão do requerente²⁰⁴.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, por seu turno, entendiam que só haveria sentido em falar de asseguarção da prova caso houvesse perigo da demora. Em qualquer outra hipótese, afirmavam que a produção antecipada da prova não teria natureza cautelar, já que nesses casos “não se destina ela a proteger a tutela de algum direito, nem sequer objetiva assegurar situação jurídica tutelável”. Afirmavam, ainda, que “o risco de demora pode frustrar somente o atendimento de direitos processuais (da ação e da defesa), de modo que a ligação da medida de asseguarção de prova não é com o direito material, mas apenas com direitos processuais”²⁰⁵. Nessa perspectiva, a antecipação de prova visava, somente, ao registro ou documentação de algum fato que poderia desaparecer no futuro, não guardando qualquer traço de instrumentalidade em relação a direito substancial a ser tutelado, até mesmo porque o processo em que se pretende utilizar a prova produzida antecipadamente pode sequer existir e não se sabe de antemão se a prova produzida será relevante para a formação da convicção do julgador (valoração)²⁰⁶.

Sobretudo a partir da segunda metade dos anos 2000, com a evolução do entendimento sobre a existência de um direito autônomo à prova, alguns autores passaram a defender que a produção antecipada de prova teria natureza satisfativa desse direito, negando, portanto, a finalidade meramente assecuratória da tutela jurisdicional a ser prestada no processo principal.

Neste sentido, Fredie Didier Jr. e Paula Sarno Braga aduziam que:

A visão que parece mais apropriada, entretanto, é no sentido de que ambas as medidas – produção antecipada de provas e justificação – não são propriamente cautelares e não pressupõem, necessariamente, a demonstração do perigo da demora (urgência) para serem admissíveis. São, pois, satisfativas do chamado direito autônomo à prova, direito este que se realiza

²⁰⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. VIII, t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 235-236.

²⁰⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 258-259.

²⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. vol. 4: Processo cautelar. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 257-258.

com a coleta da prova em típico procedimento de jurisdição voluntária. Essa conclusão serve mesmo para quem defenda que, ao menos na produção antecipada de prova, o perigo é pressuposto – o fato de pressupor perigo não é suficiente para tornar o direito afirmado um direito à cautela.

Ante essa perspectiva, referidos autores propunham não a rejeição do regramento vigente (à época o CPC/73) e o respectivo tratamento da produção antecipada de prova como providência de natureza cautelar, mas uma “melhor leitura doutrinária e jurisprudencial, inclusive com a dispensa do pressuposto da urgência para autorizar a produção da prova”²⁰⁷.

Parece, todavia, que a celeuma em torno da natureza da produção antecipada de provas no regime do código revogado decorria muito mais da autonomia da medida, característica que, aliás, foi consolidada no código vigente, do que pela dúvida sobre existência de cautelaridade.

Isto é, mesmo no regime legislativo anterior, a produção antecipada de provas não possuía uma das características preponderantes da tutela cautelar, qual seja, a referibilidade. Tal caractere ínsito, por exemplo, às medidas cautelares de constrição patrimonial (como o arresto e o sequestro bens), significa que a tutela provisória prestada, além de possuir um vínculo finalístico com a tutela definitiva a ser prestada no processo principal, reveste-se de uma transitoriedade, ou temporariedade, a qual faz com que a medida cautelar perca sua eficácia na hipótese de extinção ou de não instauração do processo principal. Assim, ante a referibilidade, a tutela cautelar deve vigor enquanto durar a situação cautelanda. Inexistindo ou extinguindo-se o processo principal, ou mesmo cessando a situação de risco no curso do processo, a referibilidade do provimento judicial em relação à essa situação cautelanda impõe a cessação da eficácia da medida de urgência deferida ao requerente.

Esta característica, entretanto, nunca foi nítida na produção antecipada de provas.

Não obstante o vínculo teleológico (finalístico) entre a produção (ou obtenção) antecipada da prova e a tutela definitiva de um direito material a ser prestada no processo principal, uma vez produzida a prova antecipadamente, fundada na possibilidade de seu perecimento, não se pode cogitar a perda da eficácia da medida cautelar obtida. Isto é, a produção da prova não se sujeitava (como não se sujeita) à desconstituição, tal como o arresto ou o sequestro devem ser desconstituídos a partir do desaparecimento da situação de risco a qual visam afastar. Em outras palavras, não há como desconstituir a prova produzida, ou

²⁰⁷ DIDIER JR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. *Revista de Processo*, v. 218, 2013, p. 4-5.

restabelecer-se o *statu quo ante* (senão por declaração judicial de alguma nulidade no procedimento de produção ou no objeto da prova), como ocorre, por exemplo, nas medidas cautelares de constrição patrimonial, ainda que o pedido de tutela definitiva do direito material objeto da prova nunca venha a existir. Se a prova será ou não valorada em outro processo é circunstância que não tolhe sua eficácia, reitere-se, insuscetível de desconstituição.

Portanto, a evidente autonomia da produção antecipada de prova (no sentido da manutenção de eficácia da medida independentemente da existência de outro processo para cuja certificação de direito foi produzida), em oposição à referibilidade própria da tutela cautelar, sempre deixou o doutrinador em dúvida, no que tange à natureza do provimento de antecipação da prova.

Diante disso, passa-se a expor as características da produção antecipada da prova, fundada no inciso I do artigo 381 do Código de Processo Civil vigente.

3.2.2.1 Cautelaridade ou satisfatividade?

A tutela cautelar, como *tertium genus* da função jurisdicional, incorporou-se ao direito processual civil brasileiro por influência direta do direito processual civil italiano. Entre os processualistas italianos, a tutela cautelar foi teorizada como providência voltada à garantia do resultado útil das duas outras (e principais) funções da jurisdição: a cognição (para certificação de um direito) e a execução (para satisfação de um direito certificado). A par da tutela antecipada, a tutela cautelar é modalidade de tutela jurisdicional provisória²⁰⁸.

Como ensina Kazuo Watanabe, “a teoria dominante entre nós, fiel à doutrina de Calamandrei, observa que a ação cautelar tem por fim assegurar o êxito do processo principal, sendo sua característica mais marcante, portanto, o ‘carattere di instrumentalità’ em relação ao provimento principal”²⁰⁹.

Para Ovídio Baptista da Silva²¹⁰:

Conceituando a tutela cautelar, tivemos o cuidado de dizer que ela exerce a função de instrumento que assegura a realização dos direitos subjetivos. *Assegura*, porém não *satisfaz* o direito assegurado. (...) Nossa compreensão do que seja a satisfação de um direito corresponde rigorosamente ao entendimento do senso comum, para o qual satisfazer um direito é realizado

²⁰⁸ No Código de Processo Civil vigente, ver o artigo 294, parágrafo único.

²⁰⁹ CALAMANDREI, Piero. *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, § 46, p. 143-146, apud WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 232.

²¹⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de processo civil: processo cautelar (tutela de urgência)*, vol. 3, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 38-39.

no plano social. Todo direito e, correlativamente, todo dever que grava o sujeito passivo, obrigado a respeitá-lo e cumpri-lo, têm em seu núcleo um determinado verbo especial, através do qual é possível identificar a respectiva ação (de direito material) que o *realiza*.

Segundo o autor, a tutela cautelar pode ser concedida desde que preenchidos os seguintes pressupostos: a) iminência de dano irreparável; b) temporariedade; c) sumariedade da cognição judicial (*fumus boni iuris*); d) “situação cautelanda”; e) interditalidade da sentença cautelar. No conceito de “situação cautelanda”, Ovídio Baptista da Silva inclui três aspectos: a) o risco de dano irreparável ou de difícil reparação; b) a afirmativa da existência de uma situação de direito material ou de direito processual, perfeitamente identificada como um direito subjetivo material, uma pretensão ou uma ação; c) e a pretensão à segurança da situação jurídica mencionada²¹¹. Observa, ainda, que: “quando afirmamos a possibilidade de uma ação cautelar autônoma, emergente do direito material, sem vinculação a um determinado processo, não a concebemos, jamais, como absolutamente autônoma, com a mesma extensão das ações satisfativas”. Acrescenta que: “nossa concepção da ação cautelar, como entidade autônoma, não dispensa sua vinculação a um direito, ou pretensão, ou ação a que aquela preste segurança. A *referibilidade*, a ideia de *transitividade* da ação cautelar ligando-a a uma situação juridicamente relevante, é inafastável. Assegura-se algo; dá-se proteção assegurativa a uma pretensão de direito processual, ou de direito material, a um direito subjetivo, ou, até mesmo, a uma outra ação. Portanto, o sentido de autonomia que se reconhece à ação cautelar, de modo algum, corresponde a uma absoluta e total desvinculação desse tipo de tutela jurisdicional frente à situação cautelanda”²¹².

Em contrapartida, segundo José Roberto dos Santos Bedaque, a “tutela satisfativa” destina-se “a resolver as crises do direito material, os litígios trazidos ao processo pelas partes, a fim de restabelecer o ordenamento jurídico e a paz social. Tais tutelas proporcionam a plena e definitiva satisfação do direito, declarando-se e atuando-o praticamente”²¹³.

Feitas estas ponderações e distinções sobre cautelaridade e satisfatividade da tutela jurisdicional, as quais ilustram também o que se afirmou no passado sobre a natureza da produção antecipada de provas no regime do Código de Processo Civil de 1973, cumpre trazer

²¹¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 131.

²¹² Idem, p. 128.

²¹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e tutelas de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 109.

à colação o posicionamento mais recente da doutrina processual civil sobre a natureza da ação de produção antecipada de prova, na hipótese de cabimento do inciso I do código vigente.

Segundo Daniel Amorim Assumpção Neves, “a produção antecipada de provas perdeu sua natureza cautelar, tornando-se tão somente uma ação probatória autônoma, pela qual se produz uma prova antes do processo principal sem a necessidade de ser comprovado o *periculum in mora*”²¹⁴. Para o referido autor, as circunstâncias de deferimento da antecipação da prova pelos incisos II e III do art. 381 do CPC, em qualquer situação que venha a possibilitar a solução consensual de um conflito, esvaziaram a necessidade de demonstração do *periculum in mora* para a hipótese de cabimento do inciso I do mesmo dispositivo legal, o qual teria perdido sua natureza cautelar.

Pelo mesmo motivo, Fredie Didier Jr. afirma que “o processo autônomo de produção antecipada de prova é de jurisdição voluntária. Não é processo cautelar – não há sequer a necessidade de alegar urgência”²¹⁵. Aduz, ainda, que a produção antecipada de prova, nas situações do inciso I do art. 381 do CPC, tem “o propósito de evitar a lesão ao direito à produção da prova e, por isso, tem caráter inibitório”, ou seja, satisfativo e não cautelar²¹⁶. Na mesma toada, juntamente com Paula Sarno Braga, assevera²¹⁷:

Com base nesse direito autônomo à prova, o que requer a parte, em juízo, é a efetiva produção da prova, e, não, sua mera asseguuração para que seja utilizada em futuro e eventual processo de certificação do direito material – que pode sequer existir.

Por isso, a necessidade e a utilidade da prova podem surgir tanto antes quanto depois de já instaurado o próprio processo (em seu curso) e, em qualquer caso, será ela, a pedido da parte, efetivamente produzida, não só preservada.

Mas só produzida, não valorada.

Sua valoração judicial dar-se-á, se for o caso, na fundamentação da decisão que examinar o direito que se funda nos fatos cuja prova se pretender produzir na ação probatória autônoma. Ou seja, ela somente será valorada pelo juiz se: (a) a parte vier a promover outra ação, em que afirma outro direito, cujo suporte fático será provado com a prova produzida antecipadamente; (b) o juiz julgar a demanda, já em curso, que se funda em direito cujo suporte fático será provado com a prova produzida antecipadamente.

²¹⁴NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil: inovações, alterações e supressões comentadas*. São Paulo: Método, 2015, p. 276.

²¹⁵ DIDIER JR., Fredie. Produção antecipada da prova. In: DIDIER JR., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (organizadores). *Coleção Novo CPC – doutrina selecionada*. v. 3: provas. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 649.

²¹⁶ Idem, p. 650.

²¹⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. *Revista de Processo*, v. 218, 2013, p. 7.

Nada obstante, a conclusão de que a produção antecipada de prova fundada no inciso I do artigo 381 do CPC teria natureza satisfativa do direito à prova ou de que teria perdido a natureza cautelar, por ser dispensável a demonstração do *periculum in mora*, não se adequa ao conceito de tutela cautelar nem à própria técnica legislativa adotada na aludida norma processual.

Primeiramente, convém destacar que a própria redação do inciso I do artigo 381 do CPC fala expressamente em admissão da produção antecipada quando houver risco de perecimento da prova, isto é, quando literalmente “haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação”. Quisesse o legislador suprimir a necessidade de demonstração do *periculum in mora*, bastaria eliminar tal disposição (que foi trasladada do art. 849 do CPC/73), mantendo, genericamente, a produção da prova em qualquer situação que possa viabilizar a solução consensual de um conflito de interesses, conforme os demais incisos do art. 381 do CPC.

Além disso, a hipótese de cabimento da produção antecipada de prova pelo inciso I amolda-se à própria distinção feita pela doutrina (e destacada no capítulo anterior deste estudo) entre o direito à prova e o direito de provar em juízo.

O deferimento da produção antecipada de prova fundado no receio de seu perecimento, antes da fase instrutória do processo em que se discutirá um direito material, é providência que se justifica pelo direito de provar em juízo. Há, como dito anteriormente, um vínculo teleológico claro entre a produção da prova e o direito de ação ou de exceção do requerente em outra demanda judicial. Na hipótese de cabimento do inciso I do art. 381 do CPC, a finalidade da produção da prova pode ser, indiretamente, o melhor conhecimento sobre os fatos e a possibilidade de uma solução consensual do conflito. Todavia, no plano imediato, o que se tem em vista é a necessidade de afastar o risco à cognição do magistrado em outro processo (já instaurado ou por instaurar-se).

E tal desiderato, como visto na concepção de Ovídio Baptista da Silva, tem natureza cautelar. A produção antecipada da prova, na hipótese de cabimento aqui analisada, é providência adotada para garantir a utilidade da função cognitiva do juiz em outro processo.

Como esclarece Flávio Luiz Yarshell, quando se concebe a prova como desdobramento necessário da ação e da defesa (direito de provar em juízo), há uma sobreposição do papel que ela desempenha para a imperatividade da jurisdição estatal, não

exercendo meramente a função de esclarecimento das partes, para avaliação de suas chances em juízo²¹⁸.

Neste sentido, Adriano Caldas e Marco Félix Jobim²¹⁹ afirmam que:

(...) na hipótese do inciso I, a exigência de demonstração do perigo da demora foi mantida, constituindo-se em medida de natureza cautelar, voltada à preservação da prova que se veja sob ameaça, caso sua produção for relegada para momento futuro. (...) Aqui, repise-se, não se almeja a satisfação do direito à prova em si, mas sim a conservação do direito material a ser futuramente postulado em processo cognitivo. Em outras palavras, preserva-se determinada faculdade probatória que servirá de conduto à futura realização do direito material.

Assim, tanto a demonstração do risco de perecimento da prova está mantida para a ação fundada no inciso I do art. 381 do CPC, quanto sua natureza cautelar, já que a autonomia não significa “independência teleológica”²²⁰. Mesmo no CPC atual, a produção antecipada fundada na possibilidade de que a prova possa perecer revela que, nesta hipótese de cabimento, a finalidade da medida é a outorga de segurança ao resultado útil da prestação jurisdicional a ser entregue em outro processo.

Inegável, contudo, a satisfatividade da produção antecipada de prova quando voltada, não ao afastamento de risco à cognição processual, mas a propiciar ao requerente melhor avaliação sobre a conveniência ou não de vindicar a tutela jurisdicional de outro direito material (além do direito à prova) ou buscar meio alternativo de solução de controvérsia presente ou potencial, como ocorre nas situações dos incisos II e III do art. 381 do CPC.

3.2.2.2 *Autonomia ou referibilidade?*

Como visto alhures, a referibilidade é uma fundamental característica da tutela cautelar que a vincula a um direito, ou pretensão, ou ação, a que preste segurança. Neste sentido, diz-se que a tutela provisória cautelar é referível à tutela definitiva de um direito, assegurando a utilidade da prestação jurisdicional, por afastar situação de risco, ora à cognição, ora à execução de um direito deduzido em juízo. A referibilidade, portanto, traduz a

²¹⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 209.

²¹⁹ CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix. A produção antecipada de prova e o novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (coords.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Direito Probatório. vol. 5. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 552-553.

²²⁰ LACERDA, Galeno; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. III, t. I, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 7.

ideia da “transitividade” da tutela cautelar, ligando-a a uma situação juridicamente relevante do ponto de vista do direito material a ser tutelado pelo processo. A tutela cautelar deve vigor enquanto presente a “situação cautelanda”. Cessando esta, também cessará a eficácia da tutela cautelar²²¹.

O oposto da referibilidade é a autonomia de um provimento judicial. Ou seja, se por um lado há medidas judiciais que guardam estreita vinculação com a tutela definitiva de um direito e esgotam sua eficácia no momento em que atingem sua finalidade, como ocorre, por exemplo, com as medidas cautelares de constrição patrimonial (arresto, sequestro etc.), por outro lado, há provimentos judiciais que, uma vez implementados, produzem efeitos duradouros, para além, inclusive, da própria extinção do processo judicial. Aliás, a regra é a autonomia. Desde que fundado em cognição exauriente (de máxima profundidade), todo provimento judicial é apto a produzir efeitos mesmo após a extinção do processo (e com eficácia a ser resguardada até mesmo em outros processuais judiciais, em decorrência da coisa julgada material).

A ação de produção antecipada de provas, em qualquer das hipóteses de cabimento do art. 381 do CPC, possui o atributo da autonomia. Vale dizer: a produção da prova é realizada com eficácia perene. Desde que não haja nulidades insanáveis no procedimento e que o objeto da prova seja lícito, sua constituição tem efeitos duradouros, ainda que sequer haja instauração do processo judicial voltado à certificação ou execução do direito que se embasaria na prova produzida. Não há como cessar a eficácia da produção antecipada da prova, já que sua realização não pode ser desfeita (salvo, reitere-se, por declaração de nulidade do procedimento ou ilicitude do seu objeto).

A propósito, assevera Flávio Luiz Yarshell²²²:

Uma vez exercitado o poder estatal, o resultado consistente na prova produzida é algo que se impõe às partes – e, a rigor, ao próprio Estado – como um fenômeno consumado, ainda que ela possa ser futuramente repetida ou até mesmo desconsiderada. Nessa linha de raciocínio, deu-se destaque à capacidade de influência de que é portadora a prova produzida. Por outras palavras, uma vez que a prova seja produzida, a realidade está modificada. Sobre isso, suposto não se pudesse falar exatamente em modificação de uma relação jurídica, também não se poderia dizer, em linha de argumentação, que não teria havido alteração de uma situação jurídica. Quando menos, a vinculação à prova produzida – se não pelo conteúdo, na medida em que comporte oportuna valoração estatal, pelos seus aspectos

²²¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 131.

²²² Op. cit., p. 314.

formais - estabelece um estado de sujeição que não pode ser simplesmente ignorado.

No entanto, como visto em tópico anterior, autonomia e referibilidade não traduzem a natureza de um provimento judicial, mas apenas a transitoriedade ou não da sua eficácia. Neste sentido, a produção antecipada da prova fundada no inciso I do artigo 381 do CPC tem natureza cautelar, porém, é autônoma quanto à sua eficácia²²³. Diferentemente da hipótese de cabimento dos incisos II e III do art. 381 do CPC, em que se está a satisfazer o direito à prova, com a finalidade de oportunizar a solução consensual de um conflito (ainda que potencial) ou evitar uma demanda judicial, no caso do inciso I do mesmo dispositivo legal, como visto anteriormente, tem-se um provimento de natureza cautelar, porque há vinculação teleológica direta e imediata entre a prova produzida e a sua futura (embora eventual) valoração em outro processo. Num caso, satisfaz-se o direito à prova. No outro, assegura-se o direito de provar em outro processo.

Porém, em ambos os casos, não se pode falar em referibilidade da produção da prova, porque sua eficácia não está condicionada à sua futura utilização ou mesmo à existência de outro processo. Repita-se, a antecipação da produção da prova tem eficácia perene. Mesmo não utilizada em outro processo, a prova não se desconstitui.

Segundo Fredie Didier Jr., “a autonomia do processo de produção antecipada de prova dispensa, inclusive, a propositura de futura demanda com base na prova que se produziu. A produção da prova pode servir, aliás, exatamente como contra-estímulo ao ajuizamento de outra ação; o sujeito percebe que não tem lastro probatório mínimo para isso; nesse sentido, a produção antecipada de prova pode servir como freio à propositura de demandas infundadas”²²⁴.

A autonomia da ação de produção antecipada de provas, seja qual for a hipótese de cabimento que a motiva, também encontra ressonância na jurisprudência. A propósito, transcreve-se:

²²³ Crê-se que esta seja a razão por que as medidas cautelares de conservação da prova, de demolição, de afastamento de menor para contrair núpcias, entre outras, no Código de Processo Civil de 1973, causaram intermináveis debates doutrinários. Cautelaridade e satisfatividade, que designam a natureza do provimento judicial, no que tange à pronta satisfação ou à garantia da futura satisfação do direito posto em juízo, eram confundidas (e ainda são, não raro) com autonomia e referibilidade, que designam a transitoriedade ou perenidade da eficácia do provimento judicial.

²²⁴ DIDIER JR., Fredie. Produção antecipada da prova. In: DIDIER JR., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (organizadores). *Coleção Novo CPC – doutrina selecionada*. v. 3: provas. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 649.

Admite-se o ajuizamento de ação autônoma para a exibição de documento, com base nos artigos 381 e 396 e seguintes do CPC, ou até mesmo pelo procedimento comum, previsto nos artigos 318 e seguintes do CPC. Entendimento apoiado nos enunciados n. 119 e 129 da II Jornada de Direito Processual Civil²²⁵.

Vê-se, portanto, que a produção antecipada de prova na hipótese do inciso I do art. 381 do CPC vigente, estando voltada à asseguuração do direito de provar em juízo, isto é, ao afastamento de uma situação risco à cognição do processo em que se pede (ou se pedirá) a certificação de um direito, é medida cautelar quanto à sua natureza e autônoma quanto à sua eficácia.

3.3 A ANTECIPAÇÃO DA PRODUÇÃO DE PROVA COMO MEIO DE SOLUÇÃO IMEDIATA DO CONFLITO (ARTIGO 381, INCISOS II E III, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL)

Como visto no capítulo anterior deste estudo, as reflexões realizadas pela doutrina processual civil brasileira a respeito do regime de antecipação da prova estabelecido no Código de Processo Civil de 1973 trouxeram a concepção de que, a par do direito de provar em juízo, há um direito à prova sem vinculação direta com a declaração judicial de um direito num dado processo.

Mais que isso, o próprio conteúdo desse direito foi delimitado como prerrogativa de invocar a jurisdição para obtenção da prova, assim como o esclarecimento e o registro de fatos daí decorrentes, sem vinculação direta com o pleito de declaração do direito material à relação controvertida e sem a justificativa da urgência²²⁶.

Como exposto anteriormente, com tais contornos, o direito à prova deve ser considerado uma vertente da garantia constitucional de acesso à justiça (ou à ordem jurídica justa, como a doutrina tem preferido atualmente²²⁷). Mas não se trata, contudo, de desdobramento idêntico ao que se tem em relação ao direito de provar em juízo. Este, como visto, está ligado essencialmente a um processo cujo objeto é a declaração de direito diverso do direito de provar, que, postulado de forma antecipada, pressupõe uma situação de risco ou

²²⁵ Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1774987, Relatora: Min. Maria Isabel Galotti, DJe de 13/11/2018.

²²⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 312.

²²⁷ A este respeito, ver WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à justiça) - processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2019.

de urgência a ser afastada. Significar dizer, contudo, que o direito de provar em juízo está conectado à garantia constitucional do devido processo legal, da qual deflui o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

Já no que tange ao direito à prova, no sentido mais amplo empregado pela doutrina processual, este permite a obtenção ou a produção de determinado elemento de prova sem um vínculo teleológico com a tutela jurisdicional de um direito material litigioso. Possibilita a postulação em juízo, porém, estritamente voltada à simples obtenção ou à produção de determinada prova, tornando-a disponível ao interessado apenas para que tenha melhor esclarecimento sobre os fatos e, a partir disso, avalie a efetiva conveniência de demandar a tutela jurisdicional ou optar por outros meios adequados de solução de um conflito (atual ou potencial), ainda que tal solução seja a de renunciar, expressa ou tacitamente, à pretensão de direito material.

Nessa linha de entendimento, afirma Flávio Luiz Yarshell²²⁸:

O direito à prova pode ser entendido não exatamente como uma das posições jurídicas integrantes do feixe que o direito de ação e o de defesa englobam; ou, ainda, não como um mero desdobramento do direito de invocar um provimento jurisdicional que declare o direito em dada situação concreta. O que há é um direito simplesmente à produção (obtenção e pré-constituição) de determinada prova, entendido como a prerrogativa de invocar do Estado a tutela do direito à obtenção da prova em si. Vale dizer: se existe um direito de invocar um provimento jurisdicional de mérito pelo qual se declare o direito no caso concreto, parece existir também o direito de invocar um ato estatal de mera obtenção e pré-constituição de prova, desvinculado da declaração do direito e fora das hipóteses de urgência.

Tal concepção sobre o direito à prova, como visto no capítulo anterior, vem ao encontro do sistema multiportas de solução de conflitos estimulado pelo Código de Processo Civil de 2015, com o complemento das leis que regem a arbitragem, a mediação e a conciliação no Brasil²²⁹. A aceitação da desvinculação da prova com a necessidade de se buscar, sempre e somente, a jurisdição para a solução de controvérsias, permeia a concretização de um sistema de tutela de direitos mais colaborativo e menos impositivo. Como aduz Flávio Luiz Yarshell, “quanto mais o sistema está aberto a antecipar medidas de

²²⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. Da produção antecipada da prova. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 56.

²²⁹ Das quais se destacam a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.

instrução, maior a amplitude dos elementos fornecidos às partes para avaliação de suas chances e riscos no futuro e eventual processo”²³⁰.

Além disso, atualmente, não resta dúvida de que as partes também são destinatárias das provas, não havendo mais espaço para a concepção estreita de que todo e qualquer elemento de prova só faz sentido quando voltado à formação do convencimento do juiz em determinado processo.

Não se quer afirmar aqui que a produção antecipada de prova com base no inciso I do artigo 381 do CPC não possa levar à solução autocompositiva de um conflito, nem que a solução imediata da contenda não deva ser considerada como um de seus objetivos. Todavia, como demonstrado nos tópicos anteriores, o objetivo imediato (ou principal) da produção antecipada de provas fundada em situação de urgência, ou de risco de perecimento da prova, é a proteção da função jurisdicional cognitiva a ser realizada no processo judicial em que a prova será valorada. É resguardar a futura análise judicial do direito vindicado no processo, à luz do fato alegado pela parte e demonstrado pela prova antecipadamente produzida. Neste caso, a preocupação preponderante é resguardar a adequada cognição processual, enquanto a produção fundada no direito autônomo à prova tem em vista permitir, *prima facie*, a adequada valoração da prova pelo interessado, para que possa analisar a plausibilidade da sua pretensão de direito material em face de outrem ou da sua resistência à pretensão de direito material de outrem, bem como optar por outros métodos de solução do conflito (ou até evitá-lo) que não apenas a jurisdição.

Em suma, quando se fala em tutela do direito autônomo à prova, o que se busca é proporcionar, pelo conhecimento pleno dos fatos e dos meios de comprová-los, ao titular de um direito sujeito a conflito iminente, a possibilidade de evitá-lo; se já sujeito a conflito atual, a possibilidade de optar por um meio de solução imediata e consensual, fazendo com que a jurisdição seja a última porta de acesso à justiça.

Pois bem, a produção antecipada²³¹ da prova como meio de propiciar a solução consensual de um conflito (ou até de evitá-lo) foi encartada nos incisos II e III do art. 381 do Código de Processo Civil, com a seguinte redação:

²³⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 442.

²³¹ Reafirma-se, aqui, apesar da terminologia adotada pelo Código de Processo Civil, que a expressão “antecipada” não designa adequadamente a hipótese de produção da prova com vistas à solução consensual e imediata do conflito, dos incisos II e III do art. 381, pois, como dito, a vinculação teleológica da prova com a tutela jurisdicional de um direito material diverso da sua obtenção é apenas remota. Diferentemente da hipótese do inciso I do art. 381, em que se está efetivamente antecipando a produção da prova porque ela não pode

Art. 381. 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 conflito;

III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

Analisando o teor do dispositivo, Fredie Didier Jr.²³² afirma:

O art. 381 traz as situações que justificam o pedido de produção antecipada de prova: (...)

II – a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito. Eis aqui uma novidade do CPC atual. O direito à produção da prova nasce do fato de, com a prova produzida, surgir chance para a solução do caso por autocomposição.

Não se pressupõe urgência, muito menos risco de que a prova não possa ser produzida futuramente. Estimula-se a propositura da ação probatória autônoma, na esperança de que a prova produzida estimule as partes a resolver o problema consensualmente.

Essa previsão reforça a ideia de que o destinatário da prova não é apenas o juiz. A prova também se dirige às partes; a prova também serve para que as partes formem o seu convencimento sobre a causa e, a partir daí, tracem as suas estratégias.

III – o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação. Mais uma novidade do CPC. Também aqui há o reforço à ideia de que as provas também possuem as partes como destinatárias. Busca-se a produção antecipada da prova para que se possa obter um lastro probatório mínimo para o ajuizamento de uma demanda futura ou a certeza de que essa demanda seria inviável.

Tratam-se de situações que exemplificam o avanço da autonomia privada no direito processual hodierno e que encontram seu *prius logico* no modelo cooperativo de processo, temas que serão abordados mais adiante.

José Manoel de Arruda Alvim Neto²³³ assevera que há:

(...) situações em que a parte tem interesse exclusivamente na produção de prova, não necessariamente para conservar um direito futuro. Falamos nesse caso de um direito autônomo à própria prova, não vinculado a outro direito material. É possível antecipar a produção da prova, então, também quando ‘a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito’ (art. 381, II, do CPC/2015) ou quando ‘o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o

esperar, sob pena de perecimento, a futura fase instrutória de outro processo (aquele em que haverá tutela do direito em litígio), parece que utilizar a expressão “produção proativa da prova” (como mencionado no capítulo anterior), ou somente “produção autônoma da prova”, seria mais adequado à finalidade da medida.

²³² DIDIER JR., Fredie. Produção antecipada da prova. In: DIDIER JR., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (organizadores). *Coleção Novo CPC – doutrina selecionada*. v. 3: provas. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 650.

²³³ ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. *Novo Contencioso Cível no CPC/2015*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 342.

ajuizamento de ação' (art. 381, III). Pensemos em um exame pericial com o objetivo de avaliar o valor de aluguel de determinado imóvel comercial. O resultado da prova pode justificar ou evitar que uma ação revisional de aluguel seja movida, ou ainda fazer com que as partes acordem na novação dos termos do contrato de maneira consensual.

Humberto Theodoro Júnior²³⁴, por seu turno, aduz que:

(...) como já advertido acolhendo à moderna visão doutrinária que alarga o conceito de interesse legítimo na produção antecipada de prova para além do simples risco de impossibilidade física da futura construção no juízo contencioso, o novo código admitiu a medida em duas outras situações: (a) quando a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; (b) quando o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação. O novo código reconhece, pois, riscos ou motivos jurídicos distintos da impossibilidade de produção futura da prova, mas que se mostram relevantes para ulterior tomada de decisões pela parte promovente. A falta de prova atual, por si só, pode obstar, dificultar, ou simplesmente comprometer a futura defesa de interesses em juízo. Por isso, antes de decidir sobre o ingresso em juízo, ou mesmo sobre a conveniência ou não de demandar, é justo que o interessado se certifique da realidade da situação fática em que se acha envolvido. Obtendo provas elucidadoras previamente, evitar-se-ia demanda temerária ou inadequada a real situação da controvérsia. Esclarecida a quadra fática, facilitar-se-ia a autocomposição, ou até mesmo se evitaria o ingresso em juízo com demanda desnecessária e inviável.

Fundamentalmente, o que se deve ter em conta, desde logo, é que a produção autônoma da prova passa a ser reconhecida não apenas como meio de afastamento de risco à cognição processual, mas como importante mecanismo indutor da autocomposição das partes (inciso II).

Além disso, destaca-se o inciso III do dispositivo em apreço, cuja redação parece abarcar, de forma residual, todo o sentido da produção autônoma da prova que não esteja fundada em urgência. Segundo ele, admite-se tal providência quando “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”.

Ressalte-se, inicialmente, onde o legislador empregou a expressão “prévio conhecimento dos fatos”, que esta deve ser entendida como “conhecimento dos fatos e de como demonstrá-los”. No capítulo subsequente deste estudo, demonstrar-se-á que é discutível a existência de interesse processual, portanto, de uma das condições da ação autônoma de produção de prova, quando o interessado buscar apenas “conhecer fatos”, se não explicitar uma situação ao menos potencialmente conflituosa que traga utilidade concreta à prova a ser

²³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 913.

produzida, ora para justificar, ora para evitar uma demanda judicial. Ou seja, “o prévio conhecimento dos fatos” não pode estar despido da demonstração da finalidade mencionada no mesmo dispositivo legal.

Mas é inegável que o prévio conhecimento sobre a existência (e, acima de tudo, o teor) de prova a respeito de um fato relevante, tem o condão de gerar, tanto no sujeito ativo do direito litigioso (ou potencialmente sujeito a conflito), quanto no sujeito passivo, melhor apreciação sobre suas chances na hipótese de consumação do litígio e sua solução pela via heterocompositiva. Como afirma Hélio Tornaghi, “cada uma das partes tem o direito de conhecer e criticar a prova produzida pela outra e pode até convencer o adversário de boa-fé”²³⁵. Mas não apenas isso, segundo Flávio Luiz Yarshell, “quanto melhor o interessado conhecer dados relativos à controvérsia, maior será a chance de propor uma demanda bem instruída; de deixar de fazê-lo; ou, de transigir”²³⁶. Portanto, há que se enaltecer a inserção desta hipótese de cabimento da ação autônoma de produção de provas no Código de Processo Civil de 2015.

A utilidade da produção de prova sem o requisito da urgência, no entanto, vai além. Pode exercer a função de instrumento de aferição de questões atinentes à legitimidade *ad causam*, evitando a admissão de parte ou de litisconsorte ilegítimos, ou de terceiros que não tenham interesse jurídico na demanda, assim contribuindo para uma atividade jurisdicional mais eficiente²³⁷.

Finalmente, como características da ação de produção de provas fundada nas situações previstas nos incisos II e III do artigo 381 do Código de Processo Civil, tem-se que ela é satisfativa, porque realiza o direito à prova no plano concreto, e autônoma, porque sua eficácia não está condicionada à existência de outro processo ou procedimento.

Neste sentido, aduz Araken de Assis²³⁸:

Prestando-se o procedimento disciplinado nos arts. 381 a 383 à veiculação da pretensão à constituição da prova sem urgência, dado que a distingue tanto da assecuração de prova, quanto da produção antecipada de prova, impõe-se cogitar do respectivo objeto. E, por se cuidar de pretensão (a)

²³⁵ TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974, p. 402.

²³⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários aos arts. 381 a 383 do CPC/15. In: ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 234.

²³⁷ RODRIGUES, Marco Antonio. PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini. A preparação do processo civil: Produção antecipada de provas, diligências preliminares, *pretrial Discovery* e os *pre-action protocols*. *Revista dos Tribunais On-line*, 2019. Acesso em 29 de abril de 2021.

²³⁸ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral – Institutos fundamentais*. vol. 2, t. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p 156.

completa, porque não se converterá em outra medida posteriormente, sendo-lhe inteiramente estranho o caráter provisório (*rectius*: temporário); (b) autônoma, porque os efeitos que lhe são próprios não se subordinam a qualquer processo futuro; e (c) satisfativa, porque o autor, uma vez produzida a pretendida prova, obtém o bem da vida almejado, não há qualquer restrição ou incompatibilidade dos meios de prova lícitos com essa pretensão.

Feita a distinção entre a produção antecipada de prova fundada na necessidade de afastar risco de perecimento ou prejuízo à cognição processual e a produção autônoma da prova como forma de possibilitar a solução imediata e consensual de um conflito (ou evitá-lo), passa-se a examinar outros aspectos atinentes à produção autônoma e satisfativa do direito à prova, a começar por sua inspiração no direito comparado.

3.3.1 A inspiração no direito processual anglo-saxão (*Disclosure* ou *Discovery* na fase de *Pre-action protocols*)

Segundo Adriano Caldas e Marco Félix Jobim, “a expressa previsão legislativa de antecipação da prova como estímulo à autocomposição ou à solução extrajudicial do conflito, ou ainda para autorizar ou evitar o ajuizamento de uma demanda, representa uma aproximação do sistema processual civil brasileiro ao sistema da *common law*. Tal conclusão decorre da constatação de que, nos países de tradição romano-germânica (*civil law*), a produção antecipada da prova costuma dar-se em caráter estritamente cautelar²³⁹”. Afirmam que “nestes países a apuração da realidade fática costuma ser diferida para o âmbito do processo de acerto de direitos. Por outro lado, nos países filiados à tradição da *common law*, costuma-se identificar duas fases de desenvolvimento de uma controvérsia jurídica, sendo a preliminar destinada à prática de atos instrutórios (*pretrial*) e a seguinte a reservada ao acerto de direitos propriamente dito (*trial*)”²⁴⁰.

Não apenas pela finalidade externada no dispositivo legal, mas pelo próprio debate doutrinário que permeou sua inserção no Código de Processo Civil de 2015, percebe-se que os

²³⁹ Por exemplo, o Código de Processo Civil português, em seu art. 419, vincula a produção antecipada da prova à função estritamente cautelar. Da mesma forma, a Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola confere caráter instrumental à produção antecipada de provas. [cf. CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix. A produção antecipada de prova e o novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (coords.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Direito Probatório. vol. 5. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 555].

²⁴⁰ Op. cit., p. 555.

incisos II e III do artigo 381 foram nitidamente inspirados nos modelos processuais existentes na tradição da *common law*.

Neste sentido, convém tecer algumas considerações sobre tais modelos processuais, especialmente, o norte-americano e o inglês, dada a precedência das atividades de elucidação dos fatos e apuração das questões controvertidas em relação à própria instauração da relação processual e entrega da prestação jurisdicional²⁴¹.

Na tradição jurídica estadunidense, a investigação de fatos, especialmente em sede privada, representa uma das atividades preponderantes das partes e de seus representantes antes mesmo de iniciado o procedimento judicial. O mecanismo da *discovery* (descoberta ou revelação), nessa perspectiva, representa a sistematização do modo pelo qual as informações em poder das partes são reveladas e permutadas entre si em momento anterior ao *trial* (fase de julgamento). Tal instrumento pode ser utilizado, ainda, para compelir um terceiro a revelar informação que esteja em seu poder e que seja relevante para o deslinde da controvérsia.

Pelo fato de desenvolver-se na fase *pretrial*, a *discovery* é realizada sem a participação do órgão julgador. Nada obstante, pode também ser ordenada pelo juiz antes de iniciado o *trial*. O procedimento da *discovery*, correspondente a uma fase de conhecimento preventivo das questões de natureza puramente probatória, visa à prévia exposição dos elementos de prova disponíveis às partes, a fim de que estas possam tomar decisões de aperfeiçoamento da sua estratégia processual ou dela desistir em prol de uma solução consensual, contando com o máximo possível de informações. Tal procedimento também possibilita afastar situações em que o titular de um direito lesado, agindo de boa-fé, tem negada a tutela do seu direito em função do desconhecimento pleno dos fatos ou de entraves probatórios²⁴².

Portanto, no modelo processual estadunidense, esta primeira fase (*pretrial*) destina-se à apuração e delimitação dos fatos e questões que poderão ser objeto de discussão quando do julgamento da causa (*trial*). No *pretrial*, caso a colheita de provas evidencie às partes a

²⁴¹ Cumpre salientar a importância prática do estudo do direito estrangeiro, principalmente no âmbito do direito processual, uma vez que: “[...] la conoscenza approfondita di altri sistemi non è solo interessante in sé sotto il profilo culturale, ma è anche il miglior modo per conoscere il proprio sistema. Tanto meno egli è sfiorato dal sospetto che la conoscenza di altri sistemi, e dei modi con cui in essi vengono affrontati i problemi fondamentali della giustizia civile, sai uno strumento indispensabile per progettare riforme del nostro ordinamento che abbiano qualche speranza di essere efficaci”. (TARUFFO, Michele. L’Insegnamento Accademico del Diritto Processuale Civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno L, n. 2, Milano: Giuffrè, 1996, p. 555).

²⁴² RODRIGUES, Marco Antonio. PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini. A preparação do processo civil: Produção antecipada de provas, diligências preliminares, *pretrial Discovery* e os *pre-action protocols*. *Revista dos Tribunais On-line*, 2019. Acesso em 29 de abril de 2021.

inviabilidade (ou a probabilidade de inviabilidade) do direito vindicado, evita-se que se atinja a fase do *trial*. Do contrário, havendo indícios de viabilidade da pretensão, segue-se o julgamento da controvérsia.

Segundo adverte Michele Taruffo, a fase do *pretrial* surgiu com função preparatória à fase de julgamento, mas, em razão do alto índice de sucesso dos mecanismos disponíveis de composição prévia, tal função somente se verifica quando o *pretrial* funciona mal. Segundo o autor, o *pretrial* “configura-se essencialmente como uma fase de ‘resolução da controvérsia sem decisão’ e somente excepcionalmente desenvolve realmente uma função preparatória”²⁴³. Não obstante, é de se ressaltar que, para reforçar essa fase inicial e, principalmente, a integridade do instituto mediante sua utilização e fiel cumprimento, em princípio, nenhuma prova pode ser produzida no *trial*, a menos que tenha havido sua antecipação nesse momento do *pretrial*²⁴⁴.

O procedimento da *discovery* estadunidense tem origem normativa nas *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938. A guisa da orientação sobre a conduta das partes, a *Rule 26 (b)* impõe aos litigantes (ou pretensos litigantes) o dever de boa-fé processual, consubstanciado no *duty to disclose* (dever de divulgação ou revelação) dos fatos e documentos que estão em seu domínio, desde que não resguardada por alguma das exceções previstas na lei (por exemplo, o *attorney-client privilege*, correspondente à prerrogativa do sigilo profissional). A amplitude da revelação de fatos e documentos é definida pela *Rule 26(b)(1)*, que prolonga as possibilidades de *discovery* a qualquer assunto que seja relevante à matéria envolvida em ação pendente²⁴⁵.

A *discovery* inclui a utilização de diversas medidas instrutórias, tais como o interrogatório das partes (*interrogatories to parties – Rule 33*), depoimentos orais e escritos (*depositions to perpetuate testimony – Rule 27, depositions upon oral examination – Rule 30* e *depositions upon written questions – Rule 31*), pedidos de produção, inspeção e cópia de

²⁴³ TARUFFO, Michele. *Processo civil comparado: ensaios*. (trad. Daniel Mitidiero), São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 21.

²⁴⁴ RODRIGUES, Marco Antonio. PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini, Op. cit.

²⁴⁵ “Rule 26 (b) Discovery Scope and Limits. (1) Scope in General. Unless otherwise limited by court order, the scope of discovery is as follows: Parties may obtain discovery regarding any nonprivileged matter that is relevant to any party’s claim or defense – including the existence, description, nature, custody, condition, and location of any documents or other tangible things and the identity and location of persons who know of any discoverable matter. For good cause, the court may order discovery of any matter relevant to the subject matter involved in the action. Relevant information need not be admissible at the trial if the discovery appears reasonably calculated to lead to the discovery of admissible evidence. All discovery is subject to the limitations imposed by Rule 26(b)(2)(C)” (Disponível em: <https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_civil_procedure_dec_1_2019_0.pdf> Acesso em 15 de maio de 2021).

documentos (*production of documents and things for inspection and other purposes – Rule 34*) e até exames físicos e mentais (*physical and mental examination – Rule 35*). Há, ainda, a possibilidade de se requerer o reconhecimento, pela parte contrária, de que certo aspecto fático é incontroverso (*requests for admission – Rule 36*).

A partir do ano 2000, o sistema estadunidense passou a dispor de um instrumento denominado *initial disclosure*, pelo qual as partes têm a obrigação de revelar certas informações específicas, mesmo em momento anterior ao requerimento de *discovery*. Os itens a serem revelados, insertos na *Rule 26(a)*, representariam a questão central da controvérsia. Há quem afirme, no entanto, que a *disclosure* do sistema estadunidense determina apenas a revelação de informações de nítido interesse das partes, sendo menos abrangente que o mecanismo homônimo do sistema inglês²⁴⁶.

O modelo processual inglês, por seu turno, dispõe do instituto da *disclosure* (revelação/divulgação), tanto na fase *pre-action* (anterior à demanda voltada à declaração do direito) como na fase *pretrial* (que precede a audiência de julgamento). Nos termos da regra 31.2 das *Civil Procedure Rules* (CPR) inglesas, uma parte revela um documento ao declarar que tal documento existe ou tenha existido²⁴⁷. A revelação e posterior permuta de informações representa um importante mecanismo para o alcance da finalidade do processo judicial inglês, atendendo, de acordo com a doutrina, a algumas finalidades principais, dentre elas expressamente a facilitação de soluções autocompositivas²⁴⁸.

A *disclosure*, na fase *pre-action*, situa-se entre as medidas denominadas *pre-action protocols*. Tais protocolos, num total de treze – doze específicos e um genérico²⁴⁹ – estabelecem o modo como deve ocorrer a troca de informações entre as partes, no período em que o titular de um direito lesado, ou em vias de sê-lo, ainda não formulou pedido de tutela jurisdicional, portanto, propício a uma solução consensual²⁵⁰. Os *pre-action protocols*

²⁴⁶ RODRIGUES, Marco Antonio. PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini, Op. cit.

²⁴⁷ Rule 31.2: “A party discloses a document by stating that the document exists or has existed” Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/protocol>>, acesso em 23 de abril de 2020.

²⁴⁸ A *disclosure* “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 do julgador o mérito” (ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 202). No mesmo sentido, especificamente quanto à facilitação de acordos advinda de sistemas de permuta de informações: JOLOWICZ, John Anthony. *On Civil Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 41.

²⁴⁹ Disponíveis em: <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/protocol>>. Acesso em 23 de abril de 2020.

²⁵⁰ BESSO, Chiara. *La prova prima del processo*. Turim: G. Giappichelli, 2004, p. 118.

configuram acordos entre as partes de forma prévia ao início de uma contenda judicial, os quais devem ser observados pelos litigantes e viabilizam uma série de providências, concernentes em prestação de informações, exibição de documentos e até a possibilidade de realização de exames e inspeções²⁵¹. O controle judicial da efetivação dos protocolos ocorre em momento posterior, ficando inclusive dispensada na hipótese de as partes chegarem à solução da controvérsia por autocomposição. Conforme a *Rule 31.16 (3)(d)*, a revelação de informações ou provas (*disclosure*) antes da demanda judicial propriamente dita (*pre-action*) tem três finalidades²⁵²: a) preparar adequadamente um processo; b) auxiliar na resolução do litígio sem que haja processo e c) evitar despesas processuais.

A *disclosure* também é possível na fase denominada *pretrial*, isto é, após a propositura da demanda voltada à certificação do direito material, porém, antes das audiências de instrução (*hearings*), que já se inserem na fase de *trial*.

Seja na fase *pre-action*, seja na fase *pretrial*, o procedimento de *disclosure* do modelo inglês obriga as partes a apresentarem informações relevantes e favoráveis não apenas aos argumentos de quem as revela, mas também à parte contrária²⁵³. A obrigação é decorrente de um dever geral de investigação, imposto às partes de modo abrangente pela regra 31.7 das CPR²⁵⁴.

Resumidamente, o modelo inglês permite que a parte, mediante a comunicação de que pretende demandar em juízo acerca de direito relacionado à esfera jurídica da parte contrária, impõe a este sujeito a revelação tanto de informações que tenham potencialmente (a) o condão de beneficiá-lo, como também (b) de prejudicá-lo, mediante a revelação (b.1) de dados que possam enfraquecer suas próprias alegações, ou (b.2) fortalecer os argumentos da

²⁵¹ RODRIGUES, Marco Antonio. PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini, Op. cit.

²⁵² “Disclosure before proceedings start. 31.16 (...) (3) The court may make an order under this rule only where— (...) (d) disclosure before proceedings have started is desirable in order to – (i) dispose fairly of the anticipated proceedings; (ii) assist the dispute to be resolved without proceedings; or (iii) save costs”. (Disponível em: <<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part31#31.16>>. Acesso em 29 de maio de 2021).

²⁵³ “Standard disclosure – what documents are to be disclosed 31.6 Standard disclosure requires a party to disclose only— (a) the documents on which he relies; and (b) the documents which – (i) adversely affect his own case; (ii) adversely affect another party’s case; or (iii) support another party’s case; and (c) the documents which he is required to disclose by a relevant practice direction”. Disponível em: <<http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/protocol>>. Acesso em 23 de abril de 2020.

²⁵⁴ “Duty of search 31.7 (1) When giving standard disclosure, a party is required to make a reasonable search for documents falling within rule 31.6(b) or (c). (2) The factors relevant in deciding the reasonableness of a search include the following – (a) the number of documents involved; (b) the nature and complexity of the proceedings; (c) the ease and expense of retrieval of any particular document; and (d) the significance of any document which is likely to be located during the search. (3) Where a party has not searched for a category or class of document on the grounds that to do so would be unreasonable, he must state this in his disclosure statement and identify the category or class of document” (idem).

parte contrária. Portanto, pela *disclosure*, a parte não busca apenas a apresentação de um documento específico e sim de todo e qualquer dado ou registro de informação que possa ter relevância como elemento de formação de convicção (primeiro da parte e depois do juízo) em futuro e eventual debate processual. O descumprimento dos deveres relacionados à *disclosure* pode ser sancionado mediante a aplicação de sanções (*contempt of Court*)²⁵⁵.

Os efeitos concretos dos *pre-action protocols* são reconhecidos no sistema processual inglês. Há notícia de que seja responsável pelo atingimento de soluções autocompositivas em mais de 60% dos casos em que utilizada²⁵⁶.

Segundo Neil Andrews²⁵⁷:

O processo da *discovery* funciona como um poderoso instrumento de acesso que gera justiça, abertura e igualdade na máquina da Justiça Civil Inglesa. Permite que cada parte se informe ou se torne apta a adquirir informações sobre toda a evidência material relevante, esteja ela na posse da parte opositora ou não; garante que, na medida do possível, não deve haver surpresas antes ou durante o julgamento; revela às partes os pontos fortes e fracos das respectivas causas, portanto produz equidade processual entre elas; e encoraja acordos justos e favoráveis, encurta a duração dos julgamentos e poupa custos.

Evidentemente, os modelos processuais inglês e estadunidense possuem suas vicissitudes e não são imunes a críticas ou questionamentos. Apesar das estatísticas e das opiniões que enaltecem os benefícios da *discovery* e da *disclosure*, verificam-se alguns problemas relacionados à efetividade do procedimento, que parece favorecer quem tenha melhores recursos financeiros para desenvolver a apuração dos fatos. As críticas mais enfáticas afirmam um poder excessivo às partes na atividade instrutória e a consequente incapacidade do órgão judicial restringir a amplitude e o alcance de tais providências de instrução preparatória (ou preventiva)²⁵⁸.

Porém, é inegável que os mecanismos de antecipação da prova do direito anglo-saxão consubstanciam medidas de efetiva viabilização da solução consensual de conflitos.

Neste sentido, a estruturação dos incisos II e III do artigo 381 do Código de Processo Civil, inspirada nos benefícios já aquilatados no direito estrangeiro para a produção antecipada da prova, sobretudo quando fundada no dever de informação e cooperação entre as partes, é inovação que pode produzir bons frutos também no Brasil. Pode ser um importante

²⁵⁵ INGMAN, Terence. *The English legal process*. 9. ed. Oxford: University Press, 2002. p. 206.

²⁵⁶ BESSO, Chiara. Op. cit., p. 120.

²⁵⁷ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Trad. Teresa Arruda Alvim Wambier. 2ª ed. rev., at. e amp. São Paulo: RT, 2009, p. 127.

²⁵⁸ Idem, p. 125.

fator de impulsão do processo civil pátrio rumo à efetivação de direitos segundo o modelo constitucional de acesso à ordem jurídica justa e mediante um sistema multiportas de solução de conflitos intersubjetivos, a par do caminho tradicional, porém moroso e dispendioso, da jurisdição.

Assim, apesar de não haver a previsão legal de uma fase específica *pretrial* em nosso sistema processual civil, o Código de Processo Civil vigente acaba por emular tal providência, mediante a possibilidade de propositura de demanda autônoma de produção de provas, independentemente da configuração de uma situação de risco à cognição do juiz em outro processo, mas para viabilizar a solução imediata e consensual do conflito.

3.3.2 O caráter não necessariamente contencioso da medida

O §1º do art. 382 do Código de Processo Civil, que trata do procedimento da ação autônoma de produção antecipada de prova, assim estabelece: “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”.

O teor do dispositivo legal transcrito dá a entender que a produção antecipada de prova nem sempre terá caráter contencioso e que, nestas hipóteses, fica inclusive dispensada a citação de outros interessados na produção da prova além do requerente da medida.

A este propósito, Cassio Scarpinella Bueno comenta que: “o contraditório deve ser observado, a não ser que a medida não ostente caráter contencioso (§1º). A ressalva feita pelo dispositivo, contudo, não pode ser sinônimo de segredo de justiça fora das exceções constitucionais e legais ou em que o interessado não pode ter acesso a ele. Postergar eventual contraditório, sim; eliminá-lo, não”²⁵⁹.

Para Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Haroldo Lourenço, sobre a parte final do art. 382, §1º, do CPC, aduzem que “há, ainda, a possibilidade de tal medida assumir o caráter não contencioso, não precisando, em outras palavras, estar ligada a uma demanda futura, podendo se prender unicamente à intenção de documentação de um fato ou de uma relação jurídica, sem caráter contencioso”²⁶⁰.

²⁵⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 278.

²⁶⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; LOURENCO, H. A teoria geral da prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 263, 2017, p. 12.

Em tais circunstâncias, o procedimento da produção antecipada (ou proativa) de provas seria de jurisdição voluntária. Neste sentido, Fredie Didier Jr. *et al.*, asseveram: “graças ao fato de não haver a necessidade de afirmação do conflito sobre o qual a prova está relacionada, parcela dominante da doutrina entende se tratar de um procedimento de natureza jurídica voluntária”²⁶¹. Em outra obra, Fredie Didier Jr. também manifesta:

O processo autônomo de produção antecipada de prova é de jurisdição voluntária. Não é processo cautelar – não há sequer a necessidade de alegar urgência. A circunstância de poder haver conflito quanto à existência do direito à prova não o desnatura: é da essência da jurisdição voluntária a existência de uma litigiosidade potencial. É jurisdição voluntária pelo fato de que não há necessidade de afirmação do conflito em torno da produção da prova²⁶².

Para tais situações, Marco Antonio Rodrigues e João Ricardo Ferreira Fortini preconizam que se deve “observar o procedimento reservado para os atos de jurisdição voluntária (arts. 720 a 724, CPC), sendo eventuais interessados citados por edital (art. 259, III, CPC) para se manifestar no prazo de quinze dias”²⁶³. Especificamente, sobre o procedimento da produção antecipada de provas sem caráter contencioso, Fredie Didier Jr. aduz: “Há quem defenda que, na justificação *unilateral* de fato, avalie-se a conveniência de uma citação por edital de eventuais interessados incertos, por precaução”²⁶⁴.

Importante destacar, todavia, que o fato não haver caráter contencioso não significa que o juiz necessariamente estará realizando atividade meramente administrativa, como sói acontecer em procedimentos de jurisdição voluntária, em que a lei permite a judicialização (ou a exige, em alguns casos) de ato jurídico²⁶⁵. Para Flávio Luiz Yarshell, a produção da prova em procedimento judicial tem matizes próprios, que a distinguem das situações de mera publicização (ou chancela) de ato jurídico observada em alguns procedimentos de jurisdição voluntária. Na produção de prova, mesmo que não haja sua imediata valoração, o juiz deverá

²⁶¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil* - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 160-161.

²⁶² DIDIER JR., Fredie. Produção antecipada da prova. In: DIDIER JR., Fredie (coord.); MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (org.). *Novo CPC doutrina selecionada: provas*. v. 3. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 649.

²⁶³ RODRIGUES, Marco Antonio. PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini. A preparação do processo civil: Produção antecipada de provas, diligências preliminares, *pretrial Discovery* e os *pre-action protocols*. *Revista dos Tribunais On-line*, 2019. Acesso em 29 de abril de 2021.

²⁶⁴ Idem, p. 655.

²⁶⁵ A alienação de bens é exemplo de procedimento não contencioso para o qual se permite judicialização (art. 725, IV e 730, CPC). O divórcio consensual, quando os divorciandos têm filhos menores de idade, é exemplo de procedimento não contencioso para o qual a lei exige judicialização (arts. 731 e 733, CPC).

tutelar o direito à prova e proferir decisões que não seriam de mera publicização. Tem-se, como exemplo, o compromisso que deve ser tomado de uma testemunha que presta depoimento perante o juiz, sob pena de configuração de falso testemunho, ou o acolhimento de contradita formulado por interessado que comparece à audiência, ou ainda a requisição de dados protegidos pelo sigilo bancário ou fiscal etc.

A esse respeito, referido autor afirma:

Sob a ótica estatal, então, parece possível e lícito qualificar os atos praticados na produção da prova – seja de forma antecipada (cautelar ou não), seja no bojo do processo aparelhado para a declaração do direito – como tipicamente jurisdicionais, e não meramente administrativos.

Qualificação dessa ordem parece correta, em primeiro lugar, porque se trata de atividade que, muito embora até englobe a prática de atos estritamente materiais, não dispensa a atuação do direito objetivo em situação concreta mediante a edição de atos decisórios.

Com efeito, a produção da prova envolve a resolução de questões de fato e de direito – referentes à sua admissibilidade e ao modo de sua realização –, que, por seu turno, reclamam a atuação do direito. Essa atuação, aliás, não se limita ao campo normativo processual, bastando pensar nas hipóteses de requisição de dados protegidos pelo sigilo bancário ou fiscal, que pressupõem a quebra de direitos fundamentais estatuídos em sede constitucional, no plano substancial. É pensar, também para ilustrar, nas eventuais medidas executivas – como é o caso da busca e apreensão de documentos – ou de coação – imposição de multa diária para a parte ou terceiro que se recusa à exibição de documento – que venham a ser adotadas pelo juiz para dar efetividade às providências de instrução que determinou.

Com efeito, embora com alguma ressalva, a doutrina reconhece haver tutela jurisdicional que não voltada diretamente ao direito material, lembrando, dentre outras hipóteses, o caso do mandado de segurança contra ato judicial. Não obstante este exemplo, na realidade brasileira e por conta de ajustes no direito positivo, se revele cada vez mais escasso, conceitualmente ele ainda é válido e apto a mostrar que a atuação estatal, na subespécie jurisdição, também pode se dar para afirmar direito de natureza estritamente processual. Nesse particular, procede a ideia de que a contribuição dos tribunais para dirimir litígios não pode e não deve ser avaliada considerando-se apenas os casos resolvidos por decisão judicial. No contexto da resolução de controvérsias, interessa aos tribunais fornecer um substrato (*background*) que se traduza em uma base para as negociações e para a regulamentação das relações de natureza privada. É possível, assim, reconhecer que a atuação estatal, via Poder Judiciário, ocorra mediante o fornecimento de uma base de discussão (*bargaining endowment*) que os adversários podem aproveitar em suas relações; não apenas no tocante à determinação de regras de direito material, mas igualmente das que permitem fazer valer tais direitos – dentre as quais as relativas à prova²⁶⁶.

²⁶⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 270-272.

De fato, a ressalva feita pela parte final do §1º do art. 382 do Código de Processo Civil, sobre a dispensa de citação dos interessados, merece uma análise mais cuidadosa, disso decorrendo, outrossim, algumas conclusões propostas no capítulo subsequente quanto à demonstração de interesse processual na ação autônoma de produção de prova.

Ora, é justamente a participação (ao menos formal) dos interessados na produção da prova (além do requerente) que legitimará sua eventual utilização em outro processo. Efetuar a produção da prova em juízo sem a citação dos demais interessados, ressalvados os casos em que estes não possam acompanhar o procedimento (o interessado ausente, por exemplo), equivale a retirar da constituição ou da asseguaração da prova justamente aquilo que motiva sua realização em juízo, em lugar de sua produção unilateral ou em caráter particular, isto é, a publicização do ato jurídico somada à possibilidade de impugnações ou contraposições diversas pelos demais interessados no que tange à forma de sua constituição ou asseguaração.

Do contrário, a prova produzida em juízo não terá eficácia extensível aos demais interessados, pelo tolhimento da possibilidade de contraditório, dela cabendo todo o tipo de contraposição (quer quanto à produção, quer quanto à valoração).

Neste sentido, afirma Fredie Didier Jr.: “(...) os interessados na produção da prova devem ser citados para acompanhá-la (art. 382, §1º, CPC). A citação exerce papel importantíssimo, pois é a condição de eficácia da prova perante aqueles contra quem se pretende que a prova seja utilizada”²⁶⁷.

Sublinhe-se, ademais, que o próprio procedimento de jurisdição voluntária exige a citação dos interessados, conforme o artigo 721 do Código de Processo Civil²⁶⁸. Portanto, ainda que a produção autônoma de prova não se revista de caráter contencioso, ou seja, que o requerimento do interessado na produção da prova não demonstre a existência de uma situação de conflito pré-existente, é salutar, para dizer o mínimo, a citação de eventuais interessados (ainda que por edital físico ou eletrônico), para que se confira plena legitimidade ao procedimento, em que pese a ressalva feita na parte final do §1º do art. 382 do CPC.

Além disso, também no aspecto procedimental, mostra-se oportuno tratar de outro tema que tem gerado dúvida em doutrina e jurisprudência.

²⁶⁷ DIDIER JR., Fredie. Produção antecipada da prova. In: DIDIER JR., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (organizadores). *Coleção Novo CPC – doutrina selecionada*. v. 3: provas. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 654.

²⁶⁸ “Art. 721. Serão citados todos os interessados, bem como intimado o Ministério Público, nos casos do art. 178, para que se manifestem, querendo, no prazo de 15 (quinze) dias”.

É que há expressa previsão, no Código de Processo Civil de 2015, de que “não se admitirá defesa ou recurso” no procedimento de produção autônoma de prova, conforme o §4º do art. 382²⁶⁹, o que pode levar à interpretação de que tal dispositivo configura violação à garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa e ao princípio do duplo grau de jurisdição.

Como explica André Bruni Vieira Alves, “o que se deve ter em mente, entretanto, é que a vedação ao exercício da defesa na ação probatória liga-se, exclusivamente, às questões de mérito atinentes à controvérsia que se delineia como uma possibilidade (e, portanto, ainda potencial)”. Afirma que, “evidentemente, tal como ocorre com a ‘cautelar de produção de provas’ do Código revogado, não deverão ser admitidas discussões e decisões a respeito dos fatos que mereceriam ser comprovados, devendo ser admitidas, tão somente, objeções atinentes à necessidade e utilidade da prova a ser produzida para algum fim (relevância), à legalidade do meio de prova postulado (admissibilidade, propriamente dita) e aos pressupostos processuais”. E complementa: “se ao juiz não será permitido afirmar a existência ou inexistência de determinado fato (cfe. §2º do art. 381 do novo CPC), não há que se falar de defesa em relação às consequências jurídicas a respeito das provas produzidas, o que será feito mediante adequada valoração, se for o caso, na ação judicial futura”. Já com relação à impossibilidade de interposição de recurso na ação probatória autônoma, aduz que “aí sim, há clara inconstitucionalidade da norma que impede a impugnação de decisões judiciais por recurso neste procedimento, já que poderá haver prejuízo a qualquer parte ao ser resolvida e solucionada alguma questão, mesmo que restrita apenas à admissibilidade da ação”²⁷⁰.

De fato, sendo a produção antecipada de provas uma ação voltada, exclusivamente, à tutela do direito autônomo à prova ou à tutela do direito de provar em juízo, quis o legislador restringir (ou mesmo impedir) a instauração de discussão não adstrita à constituição ou à asseguuração da prova. Trata-se de evidente hipótese de restrição da amplitude da cognição processual, como abordado em tópico anterior.

Fredie Didier Jr. afirma que há, na verdade, um “contraditório reduzido”. Neste sentido, comenta:

²⁶⁹ Conforme o art. 382, §4º, do CPC/2015, na ação de produção antecipada de prova “não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário”.

²⁷⁰ ALVES, André Bruni Vieira. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas) no novo CPC. In: *Coleção grandes temas do novo CPC*. Direito probatório. DIDIER JR. Fredie (coord. geral). 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 568-569.

É certo que o processo de produção antecipada de prova, por restringir-se à produção da prova, é bem simples e, em razão dessa simplicidade, o contraditório realmente não poderia ter a extensão que costuma ter no procedimento comum.

Mas daí a dizer, como faz o §4º do art. 382, que neste procedimento não haverá defesa nem recurso é um salto que o legislador infraconstitucional não poderia dar. Além de revelar incoerência; afinal, no mesmo art. 382 há determinação de citação de todos os interessados, até mesmo de ofício. Citação para ser mero expectador do processo é inconcebível; cita-se para que o interessado participe do processo, e a participação no processo dá-se pelo exercício do contraditório, como se sabe.

Parece mais razoável compreender o dispositivo de modo não literal.

Há, sim, contraditório reduzido, mas não zerado: discute-se o direito à produção da prova, a competência do órgão jurisdicional (se há regras de competência, há possibilidade de o réu discutir a aplicação delas, obviamente; a alegação de incompetência é matéria de defesa), a legitimidade, o interesse, o modo de produção da perícia (nomeação de assistente técnico, possibilidade de impugnação do perito etc.) etc. Não se admite discussão em torno da valoração da prova e dos efeitos jurídicos dos fatos probandos – isso será objeto do contraditório em outro processo²⁷¹.

Portanto, a disposição do §4º do art. 382 do CPC deve ser vista *cum grano salis*. É que a doutrina processual civil vem entendendo ser possível a oposição dos interessados citados, quando fundada em matérias de ordem pública, dentre elas a carência de ação (por falta de interesse processual, como se demonstrará no capítulo seguinte).

Neste mesmo sentido, entende Maria Lúcia Lins Conceição²⁷²:

Esse dispositivo, contudo, deve ser interpretado de forma sistemática com os demais preceitos do NCPC, que garantem o exercício do contraditório. O requerido, por certo, poderá alegar questões de ordem pública, tais como a ilegitimidade das partes, a inadequação do meio de prova pretendido pelo requerente para demonstração do fato (falta de interesse de agir), ou a existência de ação anterior com idêntico objeto, em que a prova já tenha sido produzida.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, contudo, encampam parcialmente esta tese, afirmando que os interessados poderão apresentar contestação ou recurso para alegar qualquer matéria de ordem pública que obste a produção da prova, mas entendem que a análise dessa matéria “ficaria diferida” para o outro processo (já instaurado ou por instaurar-se) em que a prova seria utilizada. Neste sentido, aduzem:

²⁷¹ DIDIER JR., Fredie. Produção antecipada da prova. In: DIDIER JR., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (organizadores). *Coleção Novo CPC – doutrina selecionada*. v. 3: provas. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 656.

²⁷² CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. Provas. In: *Temas Essenciais do Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 239-240.

A parte pode alegar toda a sorte de matéria de ordem pública que obste a produção de prova contra si dirigida. Entretanto, a ampla defesa e contraditório, que por contestação, ou por recurso já poderiam vir a ser alegados durante o procedimento de produção antecipada de prova, por expressa disposição legal, ficam diferidos para o momento processual adequado, no processo contencioso que eventualmente venha a ser instaurar²⁷³.

Com todo respeito, não parece a melhor concepção sobre o assunto. A alegação de qualquer matéria de ordem pública “que obste a produção antecipada da prova”, como é o caso da carência da ação por falta de interesse processual, impede a própria entrega da prestação jurisdicional no procedimento de produção antecipada da prova. Isto é, se o requerente é carecedor da ação de produção da prova, tal obstáculo é intransponível não só à prolação da sentença de homologação da prova, mas a própria atividade de produção da prova, como reconhecido pelos próprios teóricos desse entendimento. Logo, não se vislumbra coerência técnica entre reconhecer que a matéria de ordem pública possa obstaculizar a atividade jurisdicional no seu nascedouro, mas ainda assim permitir que o procedimento transcorra até seus ulteriores termos, seja homologado por sentença, para se reconhecer a nulidade de todo o iter procedimental somente em outro processo.

Assim, a solução mais adequada à própria gravidade do vício que inquina a produção antecipada de prova parece ser, não apenas permitir sua manifestação em contestação (ou exceção “lato sensu”) pelos interessados, como reconhecê-la de imediato, obstaculizando-se o curso de um procedimento que sequer reúne requisitos mínimos de efetivação e adotando-se medida que venha ao encontro também de outros princípios, como o da eficiência processual (art. 8º, CPC/2015)²⁷⁴.

É a opinião também de Fredie Didier Jr. quando menciona que, “nesses casos, acolhida a defesa do requerido, só resta ao juiz não homologar a prova, subtraindo-lhe eficácia”²⁷⁵.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência²⁷⁶:

²⁷³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 367.

²⁷⁴ “Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a **eficiência**” (grifado).

²⁷⁵ DIDIER JR., Fredie. Produção antecipada da prova. In: DIDIER JR., Fredie (coord.); MACÊDO, Lucas Buriel; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (organizadores). *Coleção Novo CPC – doutrina selecionada*. v. 3: provas. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 654.

²⁷⁶ TJSP, AI nº 2259025-62.2019.8.26.0000, Rel. Des. Alexandre Lazzarini, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, j. em 14/05/2020, DJe 15/05/2020.

(...) a finalidade da norma é obstar a utilização de defesa ou recurso que envolvam matéria de mérito, por extrapolar a competência do juízo do procedimento de produção antecipada de provas, conforme §2º do art. 382 do NCPC (...) Todavia, não há como se vedar o exercício do contraditório e da ampla defesa, no que diz respeito a temas processuais e condições da ação, por exemplo, que possam prejudicar a própria adequação e validade da via processual.

O que não se pode permitir, à toda evidência, é que os interessados formulem defesas que extrapolem o objeto do procedimento de produção de prova, dilatando, indevidamente, o âmbito restrito da cognição processual, para tentar debater o próprio direito decorrente do fato probando.

Da mesma forma, apesar de o art. 382, §4º, do CPC permitir a interposição de recurso apenas pelo “requerente originário” da medida e apenas “contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada”, afigura-se também possível a interposição de recurso pelos demais interessados, para ventilar matéria de ordem pública não reconhecida pelo juiz de primeiro grau, de ofício ou a requerimento; circunstância que, como dito acima, impediria a produção da prova.

Mas não apenas isso. Quanto à interposição de recursos, a doutrina tece críticas ao aludido dispositivo legal, afirmando que, mesmo para o “requerente originário” da produção antecipada da prova, deve ser admitida a interposição de recursos em outros casos que não apenas contra o indeferimento da produção da prova.

A esse respeito, comenta Daniel Amorim de Assumpção Neves²⁷⁷:

(...) inadmissível tornar o juiz um pequeno soberano na produção da prova sem que exageros e/ou ilegalidades possam ser revistas pelo tribunal de segundo grau. O juiz determina a oitiva de testemunha incapaz e parte não pode recorrer? O juiz fixa os honorários periciais num valor estratosférico e ninguém poderá recorrer? Fica realmente difícil explicar a opção do legislador sem ofender frontalmente o princípio do contraditório.

Não é intenção do presente estudo o aprofundamento nos aspectos procedimentais da ação de produção antecipada de provas. No entanto, interessa destacar a concepção doutrinária atual que vem entendendo ser possível a apresentação de contestação ou de exceção “lato sensu” por qualquer interessado (e mesmo interposição de recursos), para a alegação de matérias de ordem pública que impediriam a produção da prova, bem como a possibilidade de o juiz, *ex officio*, indeferir a produção (ou mesmo extinguir de plano o

²⁷⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil: inovações, alterações e supressões comentadas*. São Paulo: Método, 2015, p. 281.

procedimento), por carência da ação, decorrente da ilegitimidade *ad causam*, ou da falta de interesse processual, quando perceber, no requerimento do interessado, o abuso do direito à prova ou o uso do procedimento judicial para finalidade espúria.

Antes, porém, de melhor explorar a questão das condições da ação de produção antecipada de prova, mister a análise da medida fundada nas situações dos incisos II e III do art. 381 do Código de Processo Civil, como manifestação concreta do princípio da cooperação e fortalecimento da autonomia das partes no hodierno processo civil brasileiro.

3.3.3 Produção antecipada não-urgente da prova como manifestação concreta do princípio da cooperação

No primeiro capítulo deste estudo, buscou-se demonstrar a mudança significativa do modelo processual civil a ser observado no Brasil a partir do código de 2015.

Adotando a teoria normativa da comparticipação, o Código de Processo Civil vigente trouxe um conjunto de normas que intentam fomentar o diálogo entre os sujeitos da relação jurídica processual. De um lado, procura criar mecanismos de fiscalidade do comportamento de todos os sujeitos, e, de outro, induz que o processo seja eficiente, possibilitando o deslinde da situação de insegurança jurídica representada pelo litígio no menor tempo e com o menor custo possíveis.

Tradicionalmente, o processo judicial representa um ambiente propenso a comportamentos não cooperativos, em que a animosidade entre os sujeitos processuais é latente (ou, não raro, explícita); sem olvidar o próprio isolamento entre as profissões jurídicas, que redundam no exercício egocêntrico dos papéis que cada uma desenvolve no processo, apesar da retórica de complementariedade entre essas profissões extraída da Carta Magna.

Idealizado pela doutrina tedesca, o novo modelo processual civil brasileiro oferece matizes diversos para a relação das partes entre si e para a relação das partes com o Estado-juiz. Apóia-se no pressuposto de que um debate processual bem feito conduz à redução do tempo do processo e à formação de decisões mais bem construídas, que desestimulem a utilização de recursos²⁷⁸.

Para Dierle Nunes, o agir cooperativo no processo judicial decorre do princípio da boa-fé. Neste sentido, afirma:

²⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 72-73.

No campo processual, em face do modelo constitucional de processo e de sua evidente decorrência do devido processo legal, a boa-fé induz a adoção de comportamentos que não quebrem a proteção da confiança e que obstem o recorrente comportamento não cooperativo de todos os sujeitos processuais, sejam os dos juízes mediante voluntarismos e decisionismos, sejam os das partes e advogados, mediante, v.g., estratégias com a finalidade de atrasar o curso do procedimento²⁷⁹.

Segundo o autor, o Código de Processo Civil de 1973 já albergava o princípio da boa-fé objetiva “como dever que impõe a conduta proba e leal durante todo tempo de formação, desenvolvimento, interpretação e cumprimento dos contratos”. Portanto, já havia no direito processual civil brasileiro o arcabouço ideológico necessário à construção desse novo modelo processual mais justo e eficiente, fundado, “em essência, nos valores éticos e morais, com sensíveis reflexos tanto no procedimento como no provimento jurisdicional”²⁸⁰.

Neste sentido, sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, o modelo de processo judicial civil brasileiro passa a ser pautado, entre outros avanços, pela elevação do grau de participação e influência das partes na preparação e formação do provimento judicial com que se haverá de solucionar o conflito deduzido em juízo²⁸¹. Já em seu artigo 6º, o código enuncia o princípio da cooperação²⁸², o qual também imbuiu o legislador na construção de diversas ferramentas de desenvolvimento participativo da relação processual.

Nesse ambiente cooperativo, como visto no capítulo anterior, a obtenção e produção de provas pelas partes ganha ainda mais importância. Isto é, a conduta efetivamente cooperativa entre os interessados numa dada situação potencialmente (ou já efetivamente) litigiosa exige total transparência dos elementos de prova disponíveis de parte a parte. Admitir que o interessado esconda algum elemento de prova de que disponha (ou possa dispor) para apresentá-lo somente na fase instrutória de um processo seria absolutamente contrário à ideia de cooperação, no plano imediato, e evidente entrave à eficiência processual e à solução consensual do conflito.

Um importante exemplo da fiscalidade estabelecida pelo CPC-2015 sobre a conduta cooperativa dos sujeitos processuais encontra-se no parágrafo único do art. 400 e no parágrafo

²⁷⁹ NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 145.

²⁸⁰ Op. cit., p. 160.

²⁸¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Op. cit., p. 72-73.

²⁸² “Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

único do art. 403²⁸³, que permitem a adoção de “medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias” pelo juiz visando à exibição de documentos. Ou seja, nas situações (quase sempre verificadas) em que a simples presunção de veracidade de fatos decorrente da recusa de apresentação da prova for inócua, o magistrado poderá ordenar a exibição da prova documental em poder da parte (ou de terceiro), com a aplicação de medidas de apoio para o cumprimento da ordem, de modo a garantir a efetividade da cognição processual.

Como afirma Hugo Filardi, “num ambiente processual de diálogo e compreensão com vistas a acordos, a tutela jurisdicional passa a exercer uma faceta de maior conotação para pacificação social do que a rigorosa aplicação da letra da lei ao caso concreto e a deslitigiosidade das demandas autônomas de prova colaboram para uma efetiva cooperação entre os sujeitos do processo”²⁸⁴.

Por conta disso, a produção antecipada (ou proativa) de provas, nas situações dos incisos II e III do artigo 381 do Código de Processo Civil, enseja hipótese de efetiva cooperação entre os interessados em determinado ato ou fato jurídico conflituoso, ou que possa redundar em conflito. Segundo o mesmo autor, a “cooperação transcende um determinado processo e inicia-se antes mesmo da demanda, surgindo como iniciativas negociais visando à autocomposição”²⁸⁵.

Consentânea com os deveres de colaboração e de transparência, também relacionados com o princípio da lealdade processual, a produção ou obtenção de provas pela via da ação autônoma do art. 381 do CPC constitui uma ferramenta importante para a consolidação do modelo processual cooperativo, bem como do sistema multiportas de acesso à justiça.

²⁸³ “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.

Parágrafo único. Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido”.

“Art. 403. Se o terceiro, sem justo motivo, se recusar a efetuar a exibição, o juiz ordenar-lhe-á que proceda ao respectivo depósito em cartório ou em outro lugar designado, no prazo de 5 (cinco) dias, impondo ao requerente que o ressarça pelas despesas que tiver.

Parágrafo único. Se o terceiro descumprir a ordem, o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência, pagamento de multa e outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão”.

²⁸⁴ FILARDI, Hugo. Ações probatórias autônomas. *Revista de Direito Privado*, v. 102, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 4.

²⁸⁵ Idem.

Como assevera Flávio Luiz Yarshell²⁸⁶:

(...) quanto maior a amplitude da cognição prévia acerca da controvérsia, desde que preservados critérios racionais, mais se pode exigir eticamente das partes em juízo, relativamente ao dever de veracidade. Além disso, a hipótese inicialmente fixada foi confirmada pela demonstração de que verdadeira colaboração ou cooperação dos sujeitos parciais é dada quando lhes é possível, de alguma forma, pré-constituir prova.

Em complemento a esta concepção, afirma:

Então, pensando em termos universais (portanto, de forma desvinculada deste ou daquele modelo de ordenamento que até possa inspirar o raciocínio), não parece despropositado alargar – ou, em certo sentido, qualificar – o ônus de alegação que compete às partes, para reconhecer que elas têm igualmente o ônus de, tanto quanto possível, buscar conhecer os fatos que servem de fundamento – quer para a demanda, quer para a defesa – e correspondentes meios de prova. Quem alega fatos que, depois, não sejam comprovados, ou que sejam desmentidos pela prova, deve, salvo exceções bem delimitadas, sujeitar-se a consequências desfavoráveis, ainda que tecnicamente não possam ser consideradas como sanções²⁸⁷.

Portanto, quanto melhor for a compreensão do interessado acerca dos elementos probatórios a ele disponíveis, bem como dos elementos à disposição daquele em face de quem possa surgir uma situação conflituosa, melhor a avaliação sobre os riscos de eventual demanda judicial, como também melhor a preparação da estratégia processual, o debate a ser travado no processo e, conseqüentemente, mais qualificada deverá ser a entrega da prestação jurisdicional. Tudo a favorecer, nesta senda, a eficiência do processo judicial. Por outro lado, também será mais fácil, para os interessados, a decisão pessoal de evitar o conflito ou de procurar a solução consensual.

Como visto no capítulo anterior deste estudo, a concepção ainda prevalecente na jurisprudência brasileira de que somente o juiz é destinatário da prova está fadada à obsolescência. A legislação processual civil oferece tutela ao direito autônomo de obtenção ou produção de prova; não apenas ao direito de provar num dado processo judicial, cuja essência volta-se à proteção da cognição processual a ser realizada pelo juiz.

Assim, é absolutamente legítimo o uso do aparato judiciário – no sentido de que também o juiz deve agir cooperativamente – para a obtenção ou produção de elementos probatórios que possam viabilizar a solução consensual de um conflito e gerar, no plano concreto, o mesmo resultado que se almeja à jurisdição, i.e., a pacificação social.

²⁸⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 442.

²⁸⁷ Idem, p. 79-80.

Por inspiração dos sistemas processuais da *common law*, os quais estabelecem fases pré-processuais (*pre-action protocols*, no sistema inglês) de revelação ou produção de provas (os procedimentos de *discovery* e *disclosure*), a percepção doutrinária de que as partes também são destinatárias das provas vem ganhando espaço. Essa nova perspectiva, embora com contornos próprios, como visto alhures, está inserida no novo modelo processual civil brasileiro, o qual assegura que a atividade jurisdicional se desenvolva numa plataforma participativa, permitindo assim que o direito à produção de provas seja compreendido como um direito autônomo das partes; não apenas voltado à formação da convicção do juiz.

Pela ação de produção antecipada (ou proativa) de provas tem-se, pois, um importante mecanismo de aplicação do princípio da cooperação, entendida não apenas para o bom desenvolvimento da relação processual e a eficiência da prestação jurisdicional, mas também para vivificar o sistema multiportas de solução de conflitos atualmente estabelecido na legislação infraconstitucional.

3.3.4 Produção antecipada não-urgente da prova como instrumento de ampliação da autonomia privada no direito processual civil

Como visto no capítulo anterior, a história do direito processual (sobretudo após a segunda metade do século XIX) é fruto do embate entre duas forças que moldam o conteúdo do princípio do devido processo legal ao longo dos tempos: o publicismo e o privatismo, ideologicamente transpostos para o Direito.

No século XIX, de notória sobreposição ideológica liberal, prevaleceu a concepção privatista de modelo processual, com evidente limitação dos poderes do juiz. No século XX, a partir da ascensão dos regimes políticos totalitários (socialismo e fascismo), sobrelevou-se a concepção publicista de modelo processual, com evidente limitação da autonomia privada.

No direito processual civil brasileiro, o modelo adotado pelos códigos de processo (ou de procedimento) dos estados, substituídos pelo Código de Processo Civil de 1939, o qual foi revogado pelo Código de 1973, foi influenciado pelo modelo europeu (notadamente, pelos países de tradição românico-germana), em que a autonomia das partes foi, paulatinamente, cedendo espaço ao fortalecimento e centralização de poderes na figura do juiz²⁸⁸.

²⁸⁸ GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 7.

Entretanto, também por inspiração do direito processual europeu (sobretudo, do Código de Processo Civil português de 2013²⁸⁹), o panorama se altera com o Código de Processo Civil de 2015, o qual procura resgatar, em boa medida, a autonomia das partes, sem retroceder nas conquistas técnicas que ampliaram a instrumentalidade do processo a partir das reformas legislativas iniciadas nos anos 1990. O atual código amplia o protagonismo das partes na relação processual, estabelecendo, como visto alhures, um modelo cooperativo de processo judicial.

O estímulo à solução consensual dos conflitos é exemplo de uma característica estruturante do Código de Processo Civil de 2015 no sentido da ampliação da autonomia privada.

Porém, o incremento da autonomia privada no processo civil brasileiro pode ser verificado não apenas no sistema multiportas de acesso à justiça e na enunciação do princípio da cooperação como base do novo modelo processual, mas em instrumentos específicos, como, por exemplo, a garantia do contraditório dinâmico e da não-surpresa (arts. 9º e 10º, CPC) e a regulamentação dos “negócios processuais” (arts. 190 e 191, CPC), com a possibilidade de disposição sobre prerrogativas processuais e de convenção das partes sobre adaptações procedimentais.

Também a possibilidade de produção antecipada de prova, sem o requisito da urgência, com fulcro nos incisos II e III do artigo 381 do CPC, configura medida de maior equilíbrio entre a autonomia privada e os poderes do juiz na seara probatória.

Como afirma Vitor de Paula Ramos²⁹⁰:

Com a nova legislação, com efeito, tal procedimento não serve somente para casos em que a prova esteja por perecer, mas também para quando ‘a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito’ (art. 381, II) ou quando ‘o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação’ (art. 381, III).

O que resta claro, portanto, é que, apesar do legislador ter mantido o nome de produção ‘antecipada’, imagina o próprio texto legal que a melhor hipótese, em tese, seria aquela em que, após a produção da prova, as partes conseguissem evitar a instauração de um litígio ‘de mérito’. Isto é, que não se tratasse de ‘antecipar’ a prova da ação ‘de mérito’ para a demanda

²⁸⁹ PORTUGAL. Lei nº 41, de 26 de junho de 2013. *Aprova o Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. Acesso em 22 de maio de 2021.

²⁹⁰ RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento de produção “antecipada” de provas sem requisito de urgência no novo CPC: a teoria dos jogos e a impossibilidade de acordos sem calculabilidade de riscos. *Revista de Processo*, v. 263, 2017, p. 317.

preparatória, mas sim que a demanda preparatória servisse para evitar a própria existência da ação principal.

Rodolfo de Camargo Mancuso assevera que “as demandas autônomas de provas, além de permitir que as partes possam influir eficazmente na formação do senso de julgamento dos magistrados, geram uma aproximação natural e menos belicosa entre os sujeitos da relação processual com vistas à efetiva descoberta das razões que justificariam uma atuação impositiva do Estado-Juiz e que num ambiente não altamente litigioso tenham o condão de viabilizar composições amistosas no tema posto em Juízo”²⁹¹.

Já para Isabela Campos Vidigal Takahashi de Siqueira²⁹²:

(...) o intuito do legislador é o de ampliar o cabimento deste instrumento, com vistas a evitar ao máximo o ajuizamento de ações temerárias e, ao mesmo tempo, munir as ações propostas com provas mais efetivas e que assegurem o objetivo maior de esclarecimento da verdade real. (...) As demandas autônomas de provas não estão sujeitas à urgência, mas sim à concreta viabilidade de aproximação entre potenciais litigantes mediante uma demanda não contenciosa e que pode sim gerar uma solução negociada entre duas posições que, numa concepção arcaica processual, somente seriam composta pela intervenção judicial clássica de resolução de conflitos. A pedra de toque desse tipo de demanda judicial não é necessariamente a urgência do provimento, mas sim a possibilidade de gerar uma solução não litigiosa de questões postas em Juízo e, além disso, desestimular o ajuizamento de demandas despidas de conteúdo probatório ou que não se justificariam depois da produção de determinadas provas.

Vejam que a própria autonomia da demanda aliada ao fato de seu tratamento não estar encartado no capítulo de tutelas provisórias ratificam que não estamos diante de uma ‘cautelar de produção antecipada de provas’. O legislador quis encontrar por meio da demanda autônoma de provas um caminho judicial de estímulo à desjudicialização – por mais paradoxal que possa parecer – e à autocomposição entre os jurisdicionados.

Além disso, segundo Flávio Luiz Yarshell, “(...) o afirmado direito à prova encontra correspondência rigorosamente lógica na concepção de um poder de instrução que permita a antecipação da prova e que propicie às partes elementos para um ingresso em juízo mais responsável e, eventualmente, para a adoção de soluções de autocomposição”²⁹³.

No mesmo sentido, arremata Humberto Theodoro Júnior²⁹⁴:

²⁹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 330.

²⁹² TAKAHASHI DE SIQUEIRA, Isabela Campos Vidigal. Provas. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Coord.). *Primeiras Lições sobre o novo Direito Processual Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 282.

²⁹³ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 443.

²⁹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 913.

O novo código reconhece, pois, riscos ou motivos jurídicos distintos da impossibilidade de produção futura da prova, mas que se mostram relevantes para ulterior tomada de decisões pela parte promovente. A falta de prova atual, por si só, pode obstar, dificultar, ou simplesmente comprometer a futura defesa de interesses em juízo. Por isso, antes de decidir sobre o ingresso em juízo, ou mesmo sobre a conveniência ou não de demandar, é justo que o interessado se certifique da realidade da situação fática em que se acha envolvido. Obtendo provas elucidadoras previamente, evitar-se-ia demanda temerária ou inadequada a real situação da controvérsia. Esclarecida a quadra fática, facilitar-se-ia a autocomposição, ou até mesmo se evitaria o ingresso em juízo com demanda desnecessária e inviável²⁹⁵.

Portanto, com inspiração nos *pre-action protocols* do direito processual anglo-saxão, notadamente nos procedimentos da *discovery* estadunidense e da *disclosure* inglesa, o legislador processual brasileiro de 2015 erigiu um instrumento de tutela do direito autônomo à prova, em total consonância com o sistema multiportas de solução de conflitos.

Na concepção de Hugo Filardi, “o descortinamento de fatos por meio da produção de provas, desde que reconhecidas como legítimas pelos jurisdicionados interessados, se apresenta como um componente indispensável na entrega da tutela jurisdicional adequada e pode também gerar soluções jurídicas negociadas”. Neste sentido, afirma, “é inegável que a produção de provas conduzida de maneira isonômica e em respeito ao contraditório permite uma aproximação dos jurisdicionados na tentativa de construir, juntos, uma solução consensual que os liberte das incertezas e possíveis insensibilidades do julgador”²⁹⁶.

Vê-se, pois, que a instituição do procedimento de produção antecipada (ou proativa) de provas, sem o requisito da urgência, propicia às partes melhores condições de demandar em juízo, ou de pôr termo imediato ao conflito através da autocomposição, sobrelevando, portanto, a autonomia privada não apenas no curso da demanda judicial, mas até mesmo para evitá-la.

No campo normativo, portanto, é notório o avanço do sistema processual civil brasileiro a caminho de um melhor equilíbrio entre o publicismo e o privatismo processual, pela ampliação da autonomia das partes e o estabelecimento de um modelo cooperativo de processo judicial. E, como visto neste tópico, a ação de produção autônoma da prova revela-se um importante instrumento desse novo modelo processual trazido pelo código de 2015.

²⁹⁵ Em entendimento deveras interessante, Hugo Filardi menciona que “o viés de estímulo à autocomposição serve, inclusive, como justificativa para a propositura de ação autônoma de prova como exceção à cláusula compromissória de arbitragem, obviamente, desde que a cláusula expressamente não vede a utilização do instituto”. (Ações probatórias autônomas. *Revista de Direito Privado*, v. 102, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 23).

²⁹⁶ Op. cit., p. 25.

No plano concreto, como já se destacou neste estudo, há uma mudança cultural a ser implementada no Brasil, no sentido de dar máximo rendimento possível ao sistema multiportas.

Este, contudo, não é único desafio. A fiscalidade da aplicação do modelo cooperativo de processo judicial, também preconizada pelo Código de Processo Civil vigente, exige o controle judicial sobre o emprego adequado das ferramentas disponibilizadas pela legislação processual. E a prática forense, não raro, expõe situações de abuso da autonomia privada e de uso degenerado dos mecanismos cooperativos pelos sujeitos processuais.

Especificamente, no que tange à ação de produção autônoma de provas, verificam-se, com alguma frequência, situações de desvio da finalidade da medida pelo demandante, sobretudo nas hipóteses em que dispensada a demonstração de urgência, que transmutam um importante instrumento proativo de viabilização de soluções consensuais de conflitos em medida de especulação sobre fatos e de frustração de negócios jurídicos legítimos.

O último capítulo deste estudo dedica-se à análise do problema do desvio de finalidade da produção antecipada de prova e à proposição de critérios mais acurados de verificação, pelo Poder Judiciário, no exercício da fiscalidade preconizada pelo atual Código de Processo Civil, do efetivo cabimento da produção (ou da obtenção) judicial da prova em procedimento autônomo.

4 O INTERESSE PROCESSUAL NA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA FUNDADA NOS INCISOS II E III DO ARTIGO 381 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Nos capítulos anteriores, procurou-se demonstrar algumas concepções atuais a respeito da prova no direito processual civil brasileiro, sobretudo o reconhecimento de um direito autônomo à prova, distinto do direito de provar em processo judicial, chegando-se aos fundamentos de inserção do procedimento da ação de produção antecipada (ou proativa) de prova, com caráter satisfativo e sem o requisito da urgência, nos incisos II e III do artigo 381 do Código de Processo Civil vigente. Observou-se, ainda, que tal procedimento constitui um importante instrumento de viabilidade da solução consensual de conflitos (ou de evitá-los), alinhado ao sistema multiportas estabelecido na legislação hodierna, outrossim, representando medida concreta de aplicação do princípio da cooperação e maior autonomia privada no processo civil brasileiro.

Entretanto, como todo instituto jurídico, também a ação autônoma de produção de provas não é imune a problemas de ordem prática, nem a tentativas de ampliação indevida de seu escopo ou mesmo à intenção ou uso degenerados por quem a propõe, cabendo ao Poder Judiciário coibir o desvio de finalidade dessa providência processual.

Nesta senda, o presente capítulo busca extrair das disposições dos artigos 381 e 382 do Código de Processo Civil elementos mais específicos ou aprofundados de configuração do interesse de agir nas situações de propositura da ação de produção antecipada não-urgente (ou proativa) da prova, de modo que sua utilização se mantenha fiel ao escopo preconizado pelo legislador processual e confira maior eficiência possível à tutela jurisdicional do direito à prova.

Partir-se-á de uma análise das disposições legais codificadas, tocantes aos fundamentos que deverão constar da peça inicial da ação de produção antecipada da prova, notadamente os estabelecidos pelos artigos 381 e 382 do Código de Processo Civil.

Avaliar-se-ão, no plano concreto, situações que constituem a extrapolação da finalidade da medida judicial em análise, por quem a requer, e como o direito comparado lida com tais situações.

Por fim, após uma revisitação doutrinária do conceito de interesse processual como condição da ação, segundo a teoria eclética adotada pelos códigos processuais brasileiros de 1973 e 2015, propor-se-ão elementos mais precisos de identificação do interesse processual na

ação probatória autônoma, à luz do princípio da cooperação e do panorama atual da autonomia privada no processo judicial.

4.1 OS ELEMENTOS ARGUMENTATIVOS NECESSÁRIOS AO DEFERIMENTO DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA SEGUNDO O TEOR DOS ARTIGOS 381 E 382 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Consoante o disposto no artigo 381 do Código de Processo Civil, “a produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: I – haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação; II – a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III – o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”.

De plano, percebe-se que a petição inicial da ação de produção antecipada de provas exige a exposição de uma das situações descritas nos incisos do artigo 381 do CPC, segundo os quais o requerente da medida irá demonstrar que sua pretensão é a de afastar risco à cognição processual a ser exercida pelo juiz em outro processo (já instaurado, mas ainda não em fase instrutória, ou por instaurar-se), de natureza cautelar, portanto; ou demonstrar que sua pretensão é a de satisfazer o direito autônomo à prova, para que, conhecendo melhor os fatos e os meios de comprová-los, o requerente possa estruturar adequadamente seu pedido de tutela jurisdicional (tocante a direito diverso da obtenção da prova), evitar o conflito ou optar por outro método adequado de solução da controvérsia.

Além disso, de acordo com o parágrafo 5º do artigo 381 do CPC, quando a pretensão do requerente envolver a produção de prova testemunhal, em clara alusão ao procedimento de justificação que havia no código revogado (arts. 861 a 866)²⁹⁷, deverá expor sua intenção, “em

²⁹⁷ “Art. 861. Quem pretender 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, exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção.

Art. 862. Salvo nos casos expressos em lei, é essencial a citação dos interessados.

Parágrafo único. Se o interessado não puder ser citado pessoalmente, intervirá no processo o Ministério Público.

Art. 863. A justificação consistirá na inquirição de testemunhas sobre os fatos alegados, sendo facultado ao requerente juntar documentos.

Art. 864. Ao interessado é lícito contraditar as testemunhas, reinquiri-las e manifestar-se sobre os documentos, dos quais terá vista em cartório por 24 (vinte e quatro) horas.

Art. 865. No processo de justificação não se admite defesa nem recurso.

petição circunstanciada”, se o objetivo for “justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter contencioso”.

O *caput* do artigo 382 do CPC, por seu turno, estabelece que o requerente deve apresentar “as razões que justificam a antecipação da produção da prova”, mencionando “com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair”. Trata-se de disposição normativa similar àquela dada pelo CPC de 1973, que preceituava, no art. 848, *caput*, que “o requerente justificará sumariamente a necessidade da antecipação e mencionará com precisão os fatos sobre que há de recair a prova”.

Em se tratando de petição inicial, o requerente da antecipação da prova deverá observar, também, os requisitos previstos no art. 319 do CPC, como a qualificação dos interessados e a atribuição de valor à causa, inclusive, sob pena de imposição de emenda pelo juízo, que, se não atendida, deverá conduzir ao indeferimento da peça inicial e extinção do procedimento²⁹⁸.

Porém, da leitura dos artigos 381 e 382 do Código de Processo Civil, verifica-se que seriam elementos argumentativos mínimos da petição inicial da ação de produção antecipada de prova: a) a fundamentação do pedido em uma das situações descritas nos incisos I a III do

Art. 866. A justificação será afinal julgada por sentença e os autos serão entregues ao requerente independentemente de traslado, decorridas 48 (quarenta e oito) horas da decisão.

Parágrafo único. O juiz não se pronunciará sobre o mérito da prova, limitando-se a verificar se foram observadas as formalidades legais”.

²⁹⁸ “Art. 319. A petição inicial indicará:

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;

V - o valor da causa;

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

§ 1º Caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias a sua obtenção.

§ 2º A petição inicial não será indeferida se, a despeito da falta de informações a que se refere o inciso II, for possível a citação do réu.

§ 3º A petição inicial não será indeferida pelo não atendimento ao disposto no inciso II deste artigo se a obtenção de tais informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça.

Art. 320. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.

Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial”.

artigo 381, pelo qual o requerente “justifica a antecipação da prova”; b) a exposição “precisa dos fatos sobre os quais a prova há de recair”.

Neste sentido, asseveram Luiz Guilherme Marinoni *et al.* que “para a propositura de ação de asseveração de prova basta ao demandante demonstrar o seu interesse na segurança da prova. (...) É suficiente a demonstração de que a prova assegurada poderá ser utilizada eventualmente em processo futuro, poderá justificar o ajuizamento ou não da demanda, ou ainda o emprego de outro meio de solução do litígio – essa a sua causa de pedir”²⁹⁹.

Parece, no entanto, que a regra do artigo 382 do CPC, embora suficientemente clara sobre a necessidade de exposição pormenorizada dos fatos a respeito dos quais recairá a prova, deixou de delimitar adequadamente o interesse processual a ser demonstrado pelo requerente na propositura do pedido, mantendo a mesma disposição vaga e afeita a subjetivismos do código revogado, no sentido de que o requerente deve “apresentar as razões que justificam a antecipação da prova”.

No tocante à produção antecipada de prova para afastar situação de risco à cognição processual do juiz, isto é, fundada no direito de provar em juízo, com natureza cautelar, como visto alhures, e dependente da demonstração de urgência, a verificação da possibilidade de perecimento da prova permite uma apreciação direta e objetiva pelo juiz, o qual tem condições de aquilatar mais facilmente a necessidade de antecipação da produção da prova ou se será possível aguardar a fase instrutória do processo já instaurado (ou na iminência de sê-lo) para a tutela do direito que se apoia no fato probando.

O problema reside, no entanto, nas situações em que o requerente da medida judicial fundamenta sua pretensão na satisfação do direito autônomo à prova. Mas o faz com objetivos recônditos, que possam causar algum prejuízo à imagem, à honra, à intimidade ou à privacidade de outrem, ou ainda de modo a frustrar um negócio lícito e legítimo envolvendo terceiros, ou alcançar informações comerciais ou industriais que, em tese, estariam resguardados na propriedade intelectual alheia etc.

Isto é, no plano prático, inúmeras situações podem surgir em que a justificação da produção antecipada (ou proativa) da prova, por conta da disposição genérica e abrangente dos artigos 381 e 382 do CPC no que tange aos fundamentos ou elementos argumentativos mínimos exigidos para o requerimento de produção antecipada de prova não-urgente, mascara uma pretensão probatória estranha às hipóteses legais de cabimento.

²⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 407.

Tais elementos argumentativos, aparentemente, não são suficientes para impedir o uso degenerado ou o desvio de finalidade da produção da prova em ação autônoma.

4.2 O PROBLEMA DO DESVIO DE FINALIDADE DA PRODUÇÃO ANTECIPADA NÃO-URGENTE DE PROVA

Com efeito, a doutrina processual civil brasileira vem manifestando preocupação com as disposições dos artigos 381 e 382 do CPC, no tocante à admissibilidade da produção antecipada não-urgente da prova.

Segundo André Bruni Vieira Alves “não é difícil imaginar os grandes problemas que podem ocorrer (...) se forem admitidas toda sorte de ações probatórias autônomas, pela só alegação de que haveria um suposto direito e daí um, também suposto, direito de produzir uma prova em que a necessidade e a utilidade só à parte competiria avaliar”. Para esse autor, a par do disposto nos artigos 381 e 382 do CPC, a admissibilidade da produção antecipada da prova exige, em cada caso, uma avaliação pelo magistrado acerca da relevância da prova. Tal avaliação, aduz, “deve-se pautar, sempre, pela sua necessidade e utilidade no deslinde de uma controvérsia já instaurada ou ainda a ser instaurada”³⁰⁰.

A preocupação doutrinária surge da constatação de que nem sempre é observada a necessidade de o requerente da produção antecipada (ou proativa) da prova apresentar uma “petição circunstanciada”, mencionando “com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair”.

Casos há em que o requerente faz alusão a um conjunto de situações ou a um contexto fático, afirma que um melhor conhecimento sobre tal contexto e respectiva produção de prova pode evitar conflito ou justificar a propositura de uma ação judicial, quando, na verdade, o requerente pretende constituir fatos (ou constituir prova que induza à ocorrência de supostos fatos) para justificar em juízo uma pretensão de direito material ou sustentar uma tese jurídica a ser deduzida em outro processo. O que busca o requerente não é elucidar ou comprovar um fato já conhecido, mas criar o fato em si e, conseqüentemente, forjar uma pretensão legitimada pela intervenção do Judiciário sob o pretexto da satisfação do direito autônomo à prova.

³⁰⁰ ALVES, André Bruni Vieira. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas) no novo CPC. In: *Coleção grandes temas do novo CPC*. Direito probatório. DIDIER JR. Fredie (coord. geral). 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 569-570.

Tal situação, denominada *fishing expedition*³⁰¹ ou *document hunting*³⁰² no direito anglo-saxão, sendo por este repudiada, como se verá adiante, configura o desvirtuamento ou abuso do direito à obtenção ou produção de prova, o qual não pode ser tolerado pelo Estado-juiz.

A este respeito, asseveram Evaristo Aragão Santos e Suelen Mariana Henk³⁰³:

Dos muitos aspectos que ainda suscitam dúvidas, o que nos interessa aqui diz respeito aos limites daquilo que pode ser objeto da antecipação de prova. De acordo com o CPC, no requerimento inicial o autor já precisa mencionar “*com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair*”.

O que se tem visto na prática, porém, é que algumas vezes o procedimento não é instaurado para provar fatos específicos. Não há fato ou fatos previamente definidos como objeto da prova. Pelo contrário. O procedimento é utilizado para explorar todo um *contexto ou situação fática*, genericamente considerado, com a intenção de nele encontrar fatos que, aí sim, possam justificar a propositura de demanda futura.

Por exemplo: a parte justifica que pretende provar, antecipadamente, “a responsabilidade civil” do demandado num determinado episódio. Algo bem diferente e mais amplo do que produzir prova sobre um ou mais fatos, relacionados com aquele episódio e especificamente delineados (os quais, em demanda indenizatória futura, aí sim poderiam provar o dever de indenizar).

É como se o procedimento fosse utilizado para “pescar” fatos: caso apareçam, outra demanda seria proposta. Do contrário, tudo se encerraria por ali, sem maiores consequências para o autor da antecipação.

Daí a proximidade com abusos já percebidos (e coibidos) na utilização da *discovery* do direito anglo-saxão. Um deles é o emprego dessa ferramenta para realizar ampla perquirição em relação à parte contrária, na esperança de, por meio dela, descobrir informações que a prejudiquem. Em situações como essa, costuma-se impedir a produção da prova.

Tal prática é conhecida como *document hunting* ou *fishing expedition*.

Para Francisco de Mesquita Laux, a *fishing expedition* é uma forma de burlar o propósito de construção de soluções consensuais de conflitos pela produção antecipada não-urgente da prova. Trata-se, portanto, de uma conduta “deletéria” que caracteriza desvio de finalidade da ação autônoma probatória prevista no artigo 381 do Código de Processo Civil. Neste sentido, afirma³⁰⁴:

É inegável que a antecipação da prova, em determinadas situações, privilegia a construção de soluções autocompositivas que pacifiquem com justiça.

³⁰¹ Expedição de pesca, ou pescaria, em tradução livre.

³⁰² Caça documental, em tradução livre.

³⁰³ SANTOS, Evaristo Aragão; HENK, Suelen Mariana. *A produção antecipada da prova e a vedação ao fishing expedition*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/questao-de-direito/340972/a-producao-antecipada-da-prova-e-a-vedacao-ao-fishing-expedition.>>. Acesso em 27 de maio de 2021.

³⁰⁴ LAUX, Francisco de Mesquita. Relações entre o princípio da eficiência e as normas sobre prova. *Revista de Processo*, vol. 292, p. 19-51, 2019.

Entende-se, todavia, que, da referida afirmação, não pode – e não deve – advir a constatação de que o direito à prova se descola, de modo absoluto, daquilo potencialmente perseguido mediante a propositura da eventual demanda voltada à declaração do direito. A hipótese é absolutamente deletéria e poderia gerar a prática do que se convencionou chamar *fishing expedition*, caracterizada pela intenção velada de uma das partes de, mediante a ameaça ou efetiva propositura de demanda infundada, ter a possibilidade de acesso a informações sigilosas e impertinentes ao deslinde do feito, em poder da contraparte.

Inegável, portanto, que o procedimento de produção antecipada de prova deve estruturar-se em torno de fatos determinados. Caso contrário, aduzem Evaristo Aragão Santos e Suelen Mariana Henk, “admitindo-se sua utilização para produzir prova sobre *situação fática* genérica, o procedimento acabaria se transformado em verdadeira antecipação da fase instrutória da futura demanda. E isso tudo com limitações ao contraditório e ao próprio controle da instrução pelo juiz (que, a partir das causas de pedir e pedidos, delimita a fase instrutória e indefere diligências inúteis)”. E complementam: “fosse possível essa amplitude, o procedimento acabaria se convertendo, na prática, num inquérito (e aí materializaria as figuras do *document hunting* ou *fishing expedition*). Claramente não é esse seu escopo”³⁰⁵.

No entanto, a *fishing expedition* e a *document hunting* não são as únicas formas de uso degenerado da produção autônoma não-urgente da prova. A prática forense tem revelado outras situações concretas em que o requerente da medida utiliza-se deste instrumento com finalidade espúria, sob o fundamento de que estaria a vindicar a tutela do direito autônomo à prova, para evitar um conflito, justificar uma pretensão de direito material em juízo (distinta do direito à prova em si) ou viabilizar a solução consensual para uma situação litigiosa.

Sob o pano de fundo da proteção do direito à produção ou à obtenção da prova, não raro, a propositura da ação prevista no artigo 381 do CPC manifesta-se com a efetiva intenção de causar, direta ou indiretamente, algum prejuízo à imagem, à honra, à intimidade ou à privacidade de outrem, ou ainda de frustrar um negócio lícito e legítimo envolvendo terceiros, ou de alcançar informações comerciais ou industriais que, em tese, estariam resguardados na propriedade intelectual alheia.

No direito de família e sucessões, por exemplo, a falta de avaliação criteriosa pelo juiz acerca da produção de prova testemunhal ou pericial antecipada pode conduzir à exposição indevida de aspectos ligados à intimidade ou à privacidade dos interessados, com graves repercussões sobre sua imagem, sua honra ou outros direitos personalíssimos.

³⁰⁵ Idem, p. 2.

No campo dos direitos patrimoniais, a produção antecipada de prova não-urgente pode caracterizar simplesmente uma forma de frustrar determinado negócio jurídico legítimo não desejado pelo requerente da medida, que a intenta com o fito de lançar dúvida em terceiros sobre a segurança de levá-lo a cabo.

No direito comercial, sobretudo num cenário de concorrência empresarial, a produção antecipada não-urgente de prova pode ser utilizada, maliciosamente, como meio de revelação de informações industriais ou comerciais resguardadas pela propriedade intelectual de quem as detenha.

Tratam-se de alguns exemplos – dentre as múltiplas situações cotidianas – em que a falta de análise criteriosa sobre o interesse de agir do requerente pode permear o uso degenerado da produção antecipada (ou proativa) da prova, com consequências funestas para os demais interessados ou para terceiros.

De notar-se que o caráter não-contencioso (em princípio) da ação probatória elide a imposição de ônus sucumbenciais ao requerente, representando um fator de estímulo a aventuras jurídicas probatórias ou seu uso deliberadamente espúrio.

Importante salientar, contudo, que o desvio de finalidade da ação de produção antecipada não-urgente da prova caracteriza, em verdade, abuso do direito autônomo à prova, o qual não se compraz com o propósito de especulação sobre fatos ou de intimidação de outrem, de frustração de negócios jurídicos legítimos, de busca de uma situação “mais favorável” em relações jurídicas complexas, muito menos como instrumento que acarrete danos patrimoniais ou extrapatrimoniais a quem quer que seja.

E, segundo o artigo 187 do Código Civil³⁰⁶, considera-se ilícito o ato jurídico praticado com abuso de direito.

Nesta senda, assevera Bruno Miragem³⁰⁷:

A cláusula geral do art. 187 do CC/2002 qualifica como ilícito o exercício de um direito por seu titular. E para tanto, necessita, em relação aos limites que estabelece – fim econômico ou social, boa-fé e bons costumes –, de concreção judicial, que avalie e qualifique o comportamento individual, no exercício do direito, como violador ou não dos limites consignados na lei. Por estas razões, assume a cláusula geral a natureza de permissivo legal genérico para intervenção judicial na autonomia privada. A concreção da cláusula geral, neste sentido, é reservada ao juiz, que, para tanto, deverá

³⁰⁶ “TÍTULO III – Dos Atos Ilícitos

(...) Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

³⁰⁷ MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 252.

avaliar a conduta do titular do direito. Neste sentido é que caracteriza o ilícito quando o titular do direito, ao exercê-lo, exceder manifestamente os limites. Este excesso manifesto previsto na norma tem o caráter de critério legal de decisão para o juiz, a quem cabe aplicar a norma com prudência, visando sempre à proteção da confiança.

Vê-se, portanto, que o desvio de finalidade da ação de produção antecipada (ou proativa) de prova deriva do abuso do direito autônoma à prova e, como tal, constitui-se como um ato ilícito a ser coibido pelo Poder Judiciário.

Neste sentido, afirma Flávio Luiz Yarshell³⁰⁸:

Como igualmente salientado, preconizar caráter autônomo para o direito à prova não significa desvinculá-lo totalmente da relação de direito material nem, tampouco, afirmar que o respectivo exercício seja incondicionado. Aliás, quando a doutrina e a jurisprudência afirmam a desnecessidade de o autor referir e, depois, de propor a “ação principal” e – pior – quando afirmam não haver constrição na antecipação, incidem em paradoxo evidente, porque, ao mesmo tempo, em que buscam restringir o cabimento da medida, atrelando-a à exigência de alegado perigo, toleram que seu exercício se dê de forma indesejavelmente ampla e, como já foi exposto antes, de sorte a proporcionar abuso, que – de volta ao problema acima tratado – pode e deve ser reprimido, quer se qualifique a medida, ou não, como típica medida cautelar.

Mas não apenas isso. O pedido de produção autônoma e não-urgente da prova, com finalidade diversa das situações descritas nos incisos II e III do artigo 381 do CPC, também consubstancia grave ofensa ao princípio da boa-fé processual e ao princípio da cooperação descritos, respectivamente, nos artigos 5º e 6º do mesmo diploma legal³⁰⁹.

O princípio da boa-fé processual, o qual já havia sido encartado no Código de Processo Civil de 1973 ao lado do princípio da lealdade processual (art. 14, II)³¹⁰, carrega para o direito processual a ideia da boa-fé objetiva, que opera como uma premissa maior de repulsa do ordenamento jurídico às condutas maliciosas eventualmente adotadas por quem de direito no sentido de lesar a outrem, punidas tanto no âmbito do direito público como no direito privado.

³⁰⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 421.

³⁰⁹ “Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé. Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

³¹⁰ “Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (...) II – proceder com lealdade e boa-fé;”

Distinguindo-se da boa-fé subjetiva, por independender do elemento volitivo do agente, a boa-fé objetiva configura uma exigência de ordem ético-jurídica em torno da postura de quem participa do ato jurídico³¹¹.

Segundo Humberto Theodoro Júnior³¹²:

O princípio da boa-fé objetiva consiste em exigir do agente a prática do ato jurídico sempre pautado em condutas normativamente corretas e coerentes, identificados com a ideia de lealdade e lisura. Com isso, confere-se segurança às relações jurídicas, permitindo-se aos respectivos sujeitos confiar nos seus efeitos programados e esperados.

Como a segurança jurídica é um dos primeiros fundamentos do Estado Democrático de Direito, é fácil concluir que o princípio da boa-fé objetiva não se confina ao direito privado. Ao contrário, expande-se por todo o direito, inclusive o direito público, em todos os seus desdobramentos.

Com efeito, o princípio da boa-fé objetiva assumiu maior relevo, no direito positivo brasileiro, com o advento do Código do Consumidor e do Código Civil de 2002, que a adotaram como um dos princípios fundamentais do direito das obrigações. No campo dos contratos, a boa-fé objetiva é considerada um princípio básico de interpretação e cumprimento dos negócios jurídicos, além de funcionar como fonte de deveres e obrigações, a par daqueles contraídos voluntariamente no ajuste contratual³¹³ (Neste sentido, por exemplo, art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor e arts. 113 e 422 do Código Civil)³¹⁴³¹⁵.

³¹¹ A distinção entre boa-fé objetiva e subjetiva é assim apontada por Antônio do Passo Cabral: “A boa-fé subjetiva é fulcrada na intenção e na consciência de que o comportamento é contrário ao direito. Trata-se de um estado psicológico do agente, do seu convencimento de agir sem prejuízo dos demais. A boa-fé subjetiva está, portanto, ligada ao voluntarismo e ao individualismo e sempre foi contraposta à má-fé, do que decorre a dificuldade dúplice de extirpar das normas éticas processuais o elemento anímico (o dolo) e de punir as condutas lesivas sem considerações psíquicas - sem indagar se a parte desejou prejudicar o curso do processo. Por outro lado, a chamada boa-fé objetiva é baseada em padrões de conduta social, voltada para a proteção às expectativas de que os demais membros do conjunto social nutrem de todos nós. Vale dizer, protegem-se os interesses do alter, a confiança de que todos pautem suas condutas de acordo com as convenções sociais, aquilo que legitimamente é esperado de cada parte. É a ideia de um “arquétipo moral”, passando a proteção processual da boa-fé, nos dias de hoje, da tradicional e insuficiente tutela subjetiva da vontade para a necessária tutela objetiva da confiança”. (CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 126, p. 1-20, 2005, p. 10).

³¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 356.

³¹³ NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 136.

³¹⁴ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”;

³¹⁵ “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

“Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

A respeito das funções exercidas pelo princípio da boa-fé objetiva, comenta Dierle Nunes³¹⁶:

Com efeito, modernamente, se reconhecem três funções básicas ao princípio da boa-fé objetiva, acatadas pelo Direito brasileiro:

- a) a função de cânone interpretativo dos negócios jurídicos;
- b) a função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal; e
- c) a função restritiva do exercício de direitos.

Sob todas as modalidades que pode assumir, a boa-fé objetiva, no Direito privado contemporâneo, caracteriza-se pela preocupação, dentro do relacionamento negocial, com a “realização da solidariedade social”, e chega mesmo a se confundir “com o seu conteúdo”. E para reduzir a margem de discricionariedade da atuação privada, faz que não só os direitos individuais sejam exercitados com lealdade, mas também que se guarde respeito aos direitos alheios, aos “interesses legítimos e às expectativas razoáveis de seus parceiros na aventura social”.

De fato, na definição do que vem a ser boa-fé objetiva, assume “grande importância este respeito à condição alheia, aos interesses do outro, às suas esperanças e expectativas, o que remete, em última análise, à chamada tutela da confiança”.

Trazido para o direito processual, o princípio da boa-fé objetiva, na concepção de Dierle Nunes, torna-se “uma das grandes premissas do processo cooperativo/comparticipativo encampado pelo Novo CPC, de modo a estabelecer o diálogo transparente e eficiente entre os sujeitos processuais, com assunção plena de responsabilidades, mas vedando o comportamento que infrinja as finalidades da atividade processual”. Destaca, ainda, que “tal princípio no campo processual tem como destinatários todos os sujeitos processuais e não somente as partes, alcançando juízes e tribunais”³¹⁷.

Referido autor lembra, também, que o “STJ, nessa linha avançada de afeiçoamento do processo ao princípio da boa-fé – ainda no regime do Código de 1973, reformado –, não só proclamou sua pertinência com o devido processo legal, como procurou delinear sua configuração ético-processual”³¹⁸.

A propósito do princípio da boa-fé processual, Antônio do Passo Cabral³¹⁹ aduz que:

(...) uma das consequências mais importantes de se admitir o aspecto participativo e cooperativo do processo é incluir a boa-fé no debate sobre os atos processuais. E, nesta ordem de ideias, cresceu e se tornou predominante o entendimento de que, no Direito processual civil na atualidade, são inaceitáveis chicanas e expedientes escusos e ilegais. Com a consideração do processo como ambiente de colaboração, passou-se a exigir comportamentos

³¹⁶ Op. cit., p. 137.

³¹⁷ Op. cit., p. 138.

³¹⁸ Idem.

³¹⁹ CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 126, p. 1-20, 2005, p. 11.

coerentes dos sujeitos do processo: a eles é vedado sinalizar uma conduta em determinado sentido e depois contradizer a expectativa criada com o comportamento anterior. (...) Hoje, a proteção às expectativas legitimamente criadas, derivada da boa-fé objetiva, abrange vários institutos dela decorrentes, como a abuso de direitos processuais e o *estoppel*, muito utilizados nos sistemas do *common law*, bem assim o princípio da proteção da confiança, a *Verwirkung*, a proibição do comportamento contraditório (*nemo potest venire contra factum proprium*), o *tu quoque*, dentre outros, todos conceitos que possuem objetivos comuns e fazem parte de uma constelação de ideias, proibindo condutas incompatíveis com comportamentos anteriores.

Como dito anteriormente, a aplicação do princípio da boa-fé processual não é novidade trazida pelo CPC de 2015. Já estava inserido no código que lhe antecedeu e assentado na jurisprudência dos tribunais pátrios, impondo “aos litigantes um comportamento regido pela lealdade e pela boa-fé, o que se traduz na obediência a um padrão de conduta que razoavelmente se espera de qualquer pessoa em uma relação jurídica, impedindo a conduta abusiva e contrária à equidade”, segundo Dierle Nunes³²⁰.

Ora, como demonstrado no capítulo precedente, a produção de prova fundada nos incisos II e III do artigo 381 do CPC também encontra *prius logico* no dever de cooperação entre aqueles que participam (ou possam vir a participar) de um processo judicial.

No direito anglo-saxão, em que o legislador do código de 2015 buscou inspiração para a previsão da ação probatória autônoma sem o requisito da urgência, há o procedimento da *disclosure*, segundo o qual é obrigação da parte contrária (ou futura e eventual parte contrária, já que tal providência pode ser adotada mesmo em fase *pre-action*) revelar ou exibir os elementos de prova dos quais disponha ou possa dispor, ainda que tais provas sejam desfavoráveis à posição jurídica de quem as releva, o mesmo ocorrendo com a produção de prova pericial ou testemunhal, a serem produzidas com a participação de todos os interessados (*discovery* e demais providências chamadas de *pre-action protocols*).

No sistema processual inglês, especialmente com a instituição de um Código de Processo Civil em 1998 (*Civil Procedure Rules*, como visto no capítulo anterior), o sistema da *disclosure* vem se reafirmando como importante método de preparação ou de desestímulo do julgamento de um litígio e opção pela solução consensual. Segundo Neil Andrews³²¹, “a divulgação recíproca garante igualdade de acesso às informações, facilita a realização de

³²⁰ Op. cit., p. 140.

³²¹ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil – formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Trad. Teresa Arruda Alvim. 2ª ed. rev., at. e amp. São Paulo: RT, 2009, p. 57.

acordos e evita o ‘julgamento por emboscada’ (quando uma das partes não está em condições de responder adequadamente a uma revelação surpresa na audiência final)”. O mencionado autor afirma que os tribunais ingleses dão ampla aplicação à *disclosure* nos procedimentos *pre-action* de litígios relacionados a danos pessoais ou físicos, a qual se mostra providência bastante eficaz na obtenção de informações e provas de parte a parte³²². Mas destaca que, em casos que envolvam disputas comerciais ou empresariais, o uso da *disclosure* é feito com muita parcimônia pelos órgãos jurisdicionais ingleses, conforme o tradicional princípio de que o requerente da medida não pode “pescar” informações (*no fishing expeditions*). Por *fishing expedition*, esclarece Neil Andrews, entenda-se: “a busca ‘voraz’ do autor por provas, a fim de provocar uma ação imaginada, mas que não passa de especulação”³²³³²⁴.

O referido autor faz alusão ao caso julgado pela *Court of Appeal*, *Black vs. Sumitomo* (2002), em que formado um importante precedente, segundo o qual “os tribunais vão continuar a adotar a atitude cautelosa. Conscientes do perigo de se estimular as *fishing expeditions*, de se dar sustentação a petições realmente especulativas”³²⁵.

E manifesta, ainda, a preocupação vigente no sistema processual inglês no tocante à proteção da privacidade e da confidencialidade em ordens de *disclosure* contra terceiros. Assevera que os tribunais “ao decidirem sobre ordens de *disclosure* contra terceiros antes do processo, ou mesmo antes do início dos procedimentos formais, devem encontrar o equilíbrio entre a importância do material objeto da prova e a perspectiva de o autor ser vencedor na causa contra os interesses de terceiros, que devem ser protegidos contra a opressão e contra a intromissão injustificada na sua esfera de confidencialidade, bem como seu direito à privacidade”. Aduz, ainda, que “terceiros não podem ser obrigados a fornecer informações, a menos que a ordem seja plenamente justificável (‘conforme os interesses da justiça’) e desde que não haja outra fonte para se obterem tais informações”³²⁶.

³²² Para Neil Andrews, a *disclosure* “entre adversários (partes potenciais ou definidas) atende a quatro finalidades: pode determinar a igualdade de acesso a informações; pode facilitar acordos; evita o chamado ‘julgamento por 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” (Idem, p. 127).

³²³ Idem, p. 139.

³²⁴ Segundo o autor, as *Civil Procedure Rules* inglesas, relativas ao procedimento da *disclosure*, tem sido interpretadas cada vez mais restritivamente. Afirma que, “atualmente, cada parte deve exibir e permitir a inspeção de: documentos em que pretende apoiar seus argumentos, nele depositando sua confiança; ou aqueles que afetam negativamente sua causa ou, positivamente, a do opositor” (Idem, p. 128).

³²⁵ Idem, p. 140.

³²⁶ Idem, p. 141.

Vê-se, portanto, que o fenômeno do desvirtuamento da finalidade da produção antecipada de prova sem o requisito da urgência, embora surgido recentemente no Brasil, com a adoção de um procedimento judicial autônomo nos incisos II e III do artigo 381 do CPC de 2015, já é enfrentado há tempos no direito comparado, em que se tem defendido o uso parcimonioso desse tipo de instrumento, de modo a evitar a *fishing expedition* ou a *document hunting*³²⁷.

Como ressaltam Evaristo Aragão Santos e Suelen Mariana Henk, a jurisprudência brasileira atual tem produzido manifestações de repúdio à *fishing expedition*, ao menos em processos civis. Afirmam que:

Recentemente, aliás, o TJ/SP reconheceu essa impossibilidade e extinguiu procedimento de produção antecipada de prova, em razão da ausência de preenchimento dos requisitos dos artigos 381 e 382, do CPC. Ao perceber o manejo abusivo do procedimento, o tribunal registrou que, naquele caso concreto, era “*como se o Autor (aqui Agravado) jogasse com a sorte: apresenta uma situação fática a partir de um relato fantasioso, pede a realização de todos os meios de provas possíveis e espera ‘pescar’ algo por meio do procedimento de antecipação de prova. Caso não encontre, porém, não haverá consequências para si, já que não formulou, propriamente, pretensão a respeito*”⁵.

O mesmo tribunal também indeferiu a antecipação da prova porque a pretensão veiculada (ampla prova pericial sobre contratos bancários) poderia ser mais adequadamente formulada por meio de ação ordinária e, o mais importante, “*sem qualquer ofensa ao contraditório*”⁶.

A partir desse cenário percebe-se que a antecipação de prova exige a prévia *delimitação do fato* a ser provado. Não apenas por força da literalidade do texto normativo (que é claro, em diversas passagens, em relação a isso), mas, também, pela *própria estrutura* do procedimento: as limitações procedimentais são viáveis e fazem sentido apenas se houver a prévia e adequada limitação do fato a ser provado.

Por isso o procedimento não pode ser transformado em inquérito investigatório. Assim como também não pode ser utilizado para a busca de fatos desconhecidos pelo interessado, como se por meio dele estivesse “pescando” algum elemento de prova para apoiar sua pretensão. A falta da adequada delimitação desvirtua o procedimento, exigindo a ampliação do contraditório (onde o legislador claramente quis limitá-lo) e até antecipando a instrução que deveria ocorrer apenas no bojo da futura demanda (e com os

³²⁷ A propósito, convém transcrever: “Judges and prothonotaries may properly exercise their discretion not to compel production of documents that, although technically relevant, would have no benefit to the party seeking production. The court will not allow discovery to be used as a fishing expedition, nor will it require a party to answer a question outside of its means of knowledge (...) Discovery is meant to be an intermediate process between pleading and trial and not an end in itself”. (BEACH, Greg; PARKER, Marissa; DREW, Catherine. Navigating Discovery/Disclosure in Patent Litigation in Canada, the United States, and the United Kingdom. In: *Canadian Intellectual Property Review*. vol. 31, 2016, p. 115. Disponível em: <<https://www.stradley.com/~media/files/publications/2016/canadian%20intellectual%20property%20review%20-%20parker.pdf>>. Acesso em 27 de maio de 2021).

limites lá definidos pelas causas de pedir e pedidos). Em nosso sentir, todos são desdobramentos incompatíveis com a disciplina do CPC³²⁸³²⁹.

Indubitavelmente, o pedido de produção antecipada de prova não-urgente com propósito diverso daqueles preconizados pelo artigo 381 do CPC infringe os princípios da cooperação e da boa-fé processual. Constitui abuso do direito à prova, portanto, uma atitude ilícita, que não pode ser amparada pelo Estado-juiz.

Em que pese a exigência de elementos narrativos mínimos pelos artigos 381 e 382 do CPC, a disposição legal (por demais genérica e abrangente) segundo a qual o requerente da produção antecipada não-urgente “apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair”, não é suficiente para evitar o desvio de finalidade da medida.

Para André Bruni Vieira Alves, “a justificativa para a antecipação da prova quando não há risco de seu perecimento, deverá trazer, como já dito, os motivos que poderiam levar ambas as partes a se comporem ou ao promovente da medida desistir de uma ação futura de accertamento de direitos ou confirmar essa alternativa, evitando-se a busca por provas que poderiam ser produzidas pelas partes sem a utilização do Poder Judiciário, sob pena deste se ver transformado em mero órgão de consulta e pesquisa para atendimento de anseios particulares”³³⁰.

Segundo o aludido autor, “em que pese a ação probatória sem o requisito da urgência decorrer de um direito autônomo à prova e que seja diferente de um direito de provar (compreendido no direito de ação e defesa), a admissibilidade do procedimento deve ter – como em qualquer produção de prova judicial – a relevância como requisito, devendo necessariamente referir-se a uma conexão lógica com os fundamentos (mesmo que em abstrato e meramente potencial, repita-se) de alguma potencial controvérsia que poderá se instaurar em ação judicial futura”³³¹.

Neste sentido, sobreleva-se a análise em torno do controle judicial de admissibilidade da produção probatória autônoma não-urgente, quer com fundamento na ilegalidade e na

³²⁸ Op. cit., p. 3.

³²⁹ Nas notas 5 e 6 do artigo, os autores citam os seguintes precedentes: 5. TJSP, AI n.º 2188216-13.2020.8.26.0000 - 26ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Felipe Ferreira, DJe 01.02.2021; 6. TJSP, Apelação nº 1009988-29.2017.8.26.0100, Rel. Des. Cristina Medina Mogioni, DJe 06.12.2017.

³³⁰ ALVES, André Bruni Vieira. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas) no novo CPC. In: *Coleção grandes temas do novo CPC*. Direito probatório. DIDIER JR. Fredie (coord. geral). 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 569.

³³¹ Idem, p. 570.

relevância (ou pertinência) da prova a ser produzida, quer com fundamento na demonstração de interesse processual (interesse de agir) do requerente, como condição da ação probatória, temas a que se dedicam os tópicos subsequentes deste estudo.

4.3 A ADMISSIBILIDADE DA PRODUÇÃO ANTECIPADA NÃO-URGENTE SEGUNDO A “RELEVÂNCIA DA PROVA”

Verificados os efeitos nocivos do uso do procedimento de produção antecipada (ou proativa) da prova como medida especulativa (*fishing expedition*) ou com propósito diverso daqueles preconizados pelos incisos II e III do artigo 381 do Código de Processo Civil, cumpre tecer algumas considerações sobre a admissibilidade do referido procedimento judicial mediante a demonstração da relevância da prova em conexão com uma litigiosidade ao menos potencial aferível sobre o fato probando, conforme preconizam alguns doutrinadores, como elemento complementar aos fundamentos exigidos pelos artigos 381 e 382 do Código de Processo Civil para a propositura da ação em apreço.

Por certo que a possibilidade de desvio de finalidade da produção autônoma da prova, sem o requisito da urgência, não inquina a importância da medida trazida pelo CPC de 2015 como oportunidade de inibir ou prevenir litígios, viabilizar sua solução consensual ou até mesmo qualificar a entrega da prestação jurisdicional, como se viu no capítulo anterior.

A expectativa, aliás, é a de que a ação probatória do artigo 381 do Código de Processo Civil consolide-se como efetivo instrumento de apoio ao sistema multiportas de solução de conflitos instituído no campo legislativo e que possa contribuir para uma mudança na cultura de fomento à litigiosidade que paira no Brasil³³².

Porém, ainda que a produção antecipada não-urgente da prova seja ineficaz, num caso concreto, para a finalidade de inibir ou prevenir o conflito, não resta dúvida de que a medida ainda mantém sua importância por permitir uma melhor avaliação do interessado sobre a qualificação jurídica atribuível ao fato probando e sobre suas reais chances de êxito em eventual demanda judicial.

Em outros termos, tendo uma melhor compreensão sobre sua posição jurídica a partir do fato objeto da prova a ser produzida, o requerente da medida estará em melhores condições

³³² TORRES DE MELLO, Rogério Licastro. Ação probatória: um redutor de litigiosidade. *A prova no direito processual. Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Editora Verbatim, 2013, p. 579.

de avaliar a conveniência de optar por métodos alternativos de solução do conflito, como já se disse anteriormente.

Seja qual for o resultado almejado pelo pedido de produção antecipada não-urgente da prova, com fundamento nos incisos II e III do artigo 381 do Código de Processo Civil, para além da própria legalidade, deverá haver um controle judicial acerca da relevância da prova, segundo o entendimento de alguns doutrinadores.

Em que pese não haver declaração judicial acerca da ocorrência ou inoocorrência do fato probando, já que o objeto da ação autônoma probatória é meramente a produção (ou obtenção) e não a valoração da prova, segundo disposição expressa do §2º do artigo 381 do Código de Processo Civil, caberia ao magistrado exercer controle sobre a admissibilidade da prova, quer quanto à sua legalidade, quer quanto à sua relevância para o eventual deslinde de uma controvérsia ao menos potencial a ser demonstrada pelo requerente da medida.

No primeiro capítulo deste estudo, em que se tratou da importância da atividade probatória para o processo judicial e de algumas concepções atuais sobre o direito à prova, verificou-se que a produção de prova em processo judicial, fundamental à função jurisdicional, sofre excepcionais limitações.

Tais limitações, segundo Leonardo Greco, situam-se em três categorias: (a) limitações a provas suspeitas; (b) limitações à ordem da relação processual e (c) limitações destinadas a preservar valores constitucionais³³³.

³³³ Neste sentido, elenca um rol de restrições ao direito à prova: a) Limitações que visam a repudiar provas supostamente suspeitas: 1. A incapacidade para prestar depoimento pessoal (CPC de 1973, art. 8º; CPC de 2015, art. 71); 2. A proibição de requerer o próprio depoimento pessoal (CPC de 1973, art. 343; CPC de 2015, art. 385); 3. A proibição da presença da parte à tomada de depoimento pessoal da outra (CPC de 1973, arts. 344 e 413; CPC de 2015, art. 385, § 2º); 4. A limitação do depoimento pessoal à forma oral (CPC de 1973, art. 344; CPC de 2015, art. 387); 5. A proibição de reperguntas pelo advogado do próprio depoente; 6. A forma escrita da confissão extrajudicial (CPC de 1973, art. 353), flexibilizada no Código de 2015 (art. 394); 7. A subordinação da prova contra o autor do documento particular à assinatura (CPC de 1973, art. 368; CPC de 2015, art. 408); 8. As incompatibilidades para depor como testemunha; 9. As incapacidades para depor como testemunha (CPC de 1973, art. 405, § 1º; CPC de 2015, art. 447, § 1º; Código Civil, art. 228); 10. Os impedimentos e motivos de suspeição das testemunhas (CPC de 1973, art. 405, §§ 2º e 3º, CPC de 2015, art. 447, §§ 2º e 3º); 11. A não admissão da prova exclusivamente testemunhal nos contratos de valor superior a 10 salários mínimos (CPC de 1973, art. 401; Código Civil, art. 227); 12. A não admissão da prova testemunhal sobre fato já provado por documento ou confissão, ou que só por documento ou exame pericial possa ser provado (CPC de 1973, art. 400; CPC de 2015, art. 443); 13. Os impedimentos, os motivos de suspeição e carência de conhecimentos técnicos ou científicos (CPC de 1973, arts. 423 e 424; CPC de 2015, arts. 467 e 468); 14. Limitações ao depoimento oral do perito (CPC de 1973, art. 435; CPC de 2015, arts. 477, §§ 3º e 4º). b) Limitações que visam a garantir um ordenado desenvolvimento do processo: 1. As preclusões processuais, como a vedação à proposição e produção de provas não requeridas pelo autor na petição inicial e pelo réu na contestação (CPC de 1973, arts. 282 e 300; CPC de 2015, arts. 319 e 336), a proibição de provas novas em grau de apelação (CPC de 1973, art. 517; CPC de 2015, art. 1.014) e a cognição recursal restrita à matéria de direito no recurso especial e no recurso extraordinário; 2. A proibição de juntada de documentos posteriormente aos articulados (CPC de 1973, arts. 396 a 398, 326 e 327, flexibilizada no Código de 2015, art.

Neste contexto, por exemplo, o juiz não deve admitir o pedido de produção antecipada de prova oral sobre fato que somente possa ser provado por prova documental (em casos como o da prova de propriedade imobiliária³³⁴), ou que exija o depoimento de quem não pode testemunhar (como, por exemplo, os incapazes), ou de quem possua escusa legal para não depor (como, por exemplo, a decorrente do sigilo profissional ou de depoimento sobre fato que possa incriminar o depoente). Também não deve admitir o pedido de produção de prova que configure afronta a garantias constitucionais dos demais interessados ou de terceiros, como a exposição ofensiva à privacidade, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros exemplos, de produção de prova em contraste com disposições de norma constitucional ou infraconstitucional.

Para além das limitações do direito à prova provenientes da ilicitude de sua produção, da subversão da ordem processual ou de eventual conflito com outros princípios ou garantias constitucionais, Luiz Guilherme Marinoni aduz que também há limitações decorrentes da própria amplitude da cognição processual a ser exercida pelo juiz no processo ou procedimento em que tal prova teria utilidade. Afirma que “a técnica da cognição é importante não só como auxílio na construção de procedimentos adequados, mas também

434, parágrafo único); 3. O prazo para oferecimento do rol de testemunhas (CPC de 1973, arts. 407 e 435; CPC de 2015, art. 357, §§ 4º e 5º); 4. O número máximo de testemunhas (CPC de 1973, art. 407, parágrafo único; CPC de 2015, art. 357, §§ 6º e 7º); 5. As restrições à substituição de testemunhas (CPC de 1973, art. 408; CPC de 2015, art. 451); 6. A limitação temporal aos quesitos suplementares (CPC de 1973, art. 425; CPC de 2015, art. 469); 7. O prazo para intimação do perito para prestar depoimento oral em audiência (CPC de 1973, art. 435; CPC de 2015, art. 447, § 4º). c) Limitações que visam a preservar valores constitucionais: 1. A proibição de provas ilícitas (Constituição Federal, art. 5º, inc. LVI; CPC de 1973, art. 332; CPC de 2015, art. 369); 2. As provas legais de determinados fatos, através dos registros públicos dos fatos da vida civil, como o nascimento, o casamento e o óbito (CPC de 1973, arts. 320, inc. III, e 366; CPC de 2015, arts. 345, inc. III, e 406; Código Civil, arts. 9, 10, 108 e 1.543); 3. As escusas de prestar depoimento pessoal (CPC de 1973, art. 347; CPC de 2017, art. 388); 4. A inadmissibilidade da confissão de fatos relativos a direitos indisponíveis (CPC de 1973, art. 351; CPC de 2015, art. 392); 5. As escusas de exibição (CPC de 1973, art. 363; CPC de 2015, art. 404); 6. A proibição de requisição do processo administrativo fiscal (Lei n. 6.830/80, art. 41); 7. A proibição de acesso a documentos acobertados pelo segredo de Estado (Constituição, art. 5º, inc. XXXIII); 8. Escusas de depor (CPC de 1973, art. 406; CPC de 2015, art. 448; Código Civil, art. 229); 9. A escusa do perito por motivo legítimo (CPC de 1973, art. 146; CPC de 2015, art. 157) sustenta que hoje se reconhece que o sentido substancial do devido processo legal (CF, art. 5º, LV) inclui, para além do direito ao contraditório e à ampla defesa, também o direito à não surpresa (CPC, art. 10) e o direito a influenciar, em limite razoável, a convicção do juiz, referindo o art. 369 do CPC que os meios de prova intentam ‘influir eficazmente na convicção do juiz’ (GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. v. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 128).

³³⁴ A transferência de propriedade imobiliária, em regra, exige contrato por instrumento público, segundo o artigo 108 do Código Civil. A prova da compra e venda imobiliária, portanto, exige a apresentação do respectivo instrumento público. Importante lembrar, a respeito, o disposto no artigo 406 do Código de Processo Civil: “quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta” e o disposto no artigo 443, II, do Código de Processo Civil, que estatui: “o juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos: (...) II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados”.

como meio para a aferição da legitimidade dos procedimentos instituídos. A ligação entre a técnica da cognição e o tema da prova reside, basicamente, no fato de essa técnica poder esclarecer: i) aquilo que pode ser conhecido e provado; e ii) a relação entre a intensidade da participação, o juízo e a coisa julgada material”³³⁵. Como exemplo desse tipo de limitação da prova, poder-se-ia citar a inadmissibilidade da pretensão de produção antecipada não-urgente de prova oral visando a simples oitiva de perito, em situação de potencial propositura de ação demarcatória, em que a cognição processual a ser realizada pelo juiz deverá fundar-se em providências periciais concretas de levantamento de marcos divisórios do imóvel (após também para a execução da sentença demarcatória).

Assim, em complemento à fundamentação do pedido em uma das situações descritas nos incisos II e III do artigo 381 do CPC, pelo qual o requerente “justifica a antecipação da prova”, e da exposição “precisa dos fatos sobre os quais a prova há de recair”, deverá o juiz analisar se a prova cuja produção antecipada (ou proativa) se requer não encontra obstáculo (a) em garantias constitucionais dos demais interessados (ou de terceiros), (b) em limitações à atividade probatória decorrentes de normas infraconstitucionais, (c) na incompatibilidade com a técnica de cognição processual a ser adotada em eventual procedimento especial de tutela do direito afirmado pelo requerente.

Mas não apenas isso. Impõe-se, também, segundo corrente doutrinária, que o juiz não admita produção de prova antecipada (ou proativa) que não seja relevante para eventual deslinde de uma situação ao menos potencialmente litigiosa a ser aferida a partir do fato narrado pelo requerente, segundo a exigência do artigo 382, *caput*, do Código de Processo Civil.

Segundo Luiz Flávio Yarshell, “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”³³⁶.

Como visto acima, embora fundamental ao próprio sentido de acesso à ordem jurídica justa, o direito à prova não é absoluto. Justamente por isso, além dos limites

³³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e Convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 52-53.

³³⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. Da produção antecipada da prova. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.031.

decorrentes da legalidade da prova, o parágrafo único do artigo 370 do Código de Processo Civil preconiza que “o juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias” requeridas pela parte. Quando faz alusão à inutilidade ou ao caráter meramente protelatório da prova, a lei está a estabelecer limites de admissão de provas considerando a necessidade de demonstração de sua pertinência ou relevância para, no plano imediato, a demonstração do fato probando e, no plano mediato, para a própria tutela do direito que se funda no fato probando. Segundo Antônio Magalhães Gomes Filho, “a admissibilidade da prova constitui, portanto, um conceito de direito processual e consiste numa valoração prévia feita pelo legislador, destinada a evitar que elementos provenientes de fontes espúrias, ou meios de prova reputados inidôneos, tenham ingresso no processo e sejam considerados pelo juiz na reconstrução dos fatos; daí sua habitual formulação em termos negativos: inadmissibilidade, proibição da prova, ‘exclusionary rules’”³³⁷.

Em relação a um processo judicial já em curso, cumpre ao magistrado fixar os fatos controvertidos que serão objeto da instrução processual, o que faz, por óbvio, mediante a ponderação acerca da credibilidade que deva (ou possa) ser emprestada às alegações das partes e da relevância destas na definição e fixação do *thema probandum*³³⁸. Na condução do processo, em cooperação com as partes, cabe ao juiz a análise da admissibilidade da prova e sua relevância.

Assim também deve ocorrer na análise do pedido de produção antecipada não-urgente de prova, mormente em face da possibilidade de desvirtuamento das finalidades preconizadas pelo artigo 381 do Código de Processo Civil.

No que tange à questão da relevância da prova, como bem destaca Michele Taruffo, o primeiro problema é estabelecer quais meios de prova devem ser admitidos em um processo³³⁹, não sendo possível a admissibilidade indiscriminada de produção de provas por quaisquer meios, mormente quando há determinados fatos para os quais a lei exige um meio de prova específico³⁴⁰. Note-se, ainda, que há situações em que a lei ou a jurisprudência

³³⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Proibição das provas ilícitas na Constituição de 1988. In: DE MORAIS, Alexandre (coord.). *Os 10 anos da Constituição Federal*. p. 249-263. São Paulo: Editora Atlas, 1999, p. 252.

³³⁸ Na lição de Eduardo Cambi: “o conjunto de fatos juridicamente relevantes, cuja existência ou inexistência deve ser provada no curso da instrução probatória (CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006, p. 295).

³³⁹ TARUFFO, Michele. *La prueba*. Trad. Laura Maríquez e Jordi Ferrer Beltrán. Madri, Barcelona e Buenos Aires: Marcel Pons, 2008, p. 37.

³⁴⁰ Ver artigo 406 do Código de Processo Civil.

dispensam prova sobre determinado fato³⁴¹. Isto é, nem todos os fatos controvertidos precisam ser provados. Isso ocorre, por exemplo, para aos fatos considerados notórios, para os fatos negativos (ou para afirmações de fatos negativos) e para as presunções (legais ou do homem)³⁴². Ou ainda para situações em que o fato já se encontra provado, sendo desnecessária, ou supérflua, nova comprovação por outro meio³⁴³.

A vedação da prova desnecessária, ou supérflua, segundo Gustavo Badaró, tem o objetivo de “(...) tutelar o princípio da economia processual, na medida em que tais provas levariam a um resultado cognoscitivo já produzido. Nesse caso, a elaboração da prova teria custos consideráveis e não serviria para nada além de produzir uma prova cujo conteúdo já foi amplamente constatado por outros meios de prova já produzidos”³⁴⁴.

Portanto, em processo judicial, as partes não podem ser compelidas a produzir prova sobre todo e qualquer fato. Como também não podem requerer a produção de prova sobre todo e qualquer fato, ainda que contraposto pela parte *ex adversa*³⁴⁵. A relevância da produção da prova deve ser previamente averiguada pelo juiz. É assim, tanto para uma demanda judicial em curso, quanto para o requerimento de produção antecipada de prova.

Eduardo Cambi tece, porém, uma distinção entre o que considera a admissibilidade propriamente dita, relacionada à legalidade, portanto, atinente à idoneidade ou à inidoneidade dos meios aptos à produção da prova dos fatos, e o exame de relevância e de pertinência, estas entendidas como um juízo preliminar de utilidade da prova. Referido autor assevera que:

³⁴¹ Segundo o artigo 374 do Código de Processo Civil: “não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade. Ver, também, 443, I, do Código de Processo Civil. Sobre as situações que dispensam a produção de prova, conforme entendimento jurisprudencial, tem-se, por exemplo, a dispensa de prova sobre a ocorrência do dano moral proveniente da inscrição indevida do nome de pessoa física ou jurídica em cadastro de restrição de crédito.

³⁴² Idem, p. 33-35.

³⁴³ Francisco de Mesquita Laux faz outra distinção importante, a propósito do exame de relevância da prova, a da prevalência de um meio de prova sobre outro. Afirma que “um exemplo bastante claro de prevalência da prova pericial sobre a prova testemunhal – e aqui inclusive independentemente de prova documental, confissão da parte a respeito de fatos correlatos etc. – é o do exame de DNA. A prova técnica, em um caso que envolva investigação de paternidade, por exemplo, é epistemologicamente muito mais adequada que qualquer outra para comprovação dos enunciados fáticos apresentados pelas partes. No caso, e embora inexista previsão expressa do CPC a esse respeito, é de se cogitar inclusive que, para fins de eficiência processual, a prova pericial seja produzida antes de qualquer outra – fora a documental, usualmente apresentada em conjunto com a petição inicial e a contestação sem grandes custos para as partes. Produzida a prova técnica, o acerto fático do processo alcançará um standard de certeza altíssimo sem a necessidade de incursão sobre outros elementos de prova, cujo custo de produção, muito possivelmente, passará a ser desnecessário para deslinde do feito. (LAUX, Francisco de Mesquita. Relações entre o princípio da eficiência e as normas sobre prova. *Revista de Processo*, vol. 292, p. 19-51, 2019).

³⁴⁴ BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr.* Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 550.

³⁴⁵ Idem, p. 37.

o juízo de relevância recai sobre a análise dos fatos controvertidos a serem provados e dos meios probatórios escolhidos, enquanto o juízo de admissão resulta da questão atinente à possibilidade de restrição da utilização de determinados meios de prova ou da impossibilidade de se provarem determinados fatos. (...) A relevância (gênero) da prova é um requisito que concerne à prudente avaliação do juiz, chamado a dar uma valoração antecipada e hipotética das consequências jurídicas que derivariam dos fatos alegados, caso viessem a ser provados. Trata-se de um juízo sobre o mérito, já que atinente à *res in iudicium deducta*, que pode, inclusive, gerar a possibilidade de proferir, desde logo, uma sentença definitiva (art. 330 do CPC), devendo o juiz, caso considere serem os fatos, tais como afirmados e representados pelas partes, impertinentes, falsos ou hipoteticamente verdadeiros (...), reconhecer a inutilidade da atividade probatória, limitando o exercício do direito à prova e, se for o caso, proferindo sentença³⁴⁶.

Portanto, em atenção ao disposto nos artigos 381 e 382 do Código de Processo Civil, o autor da ação de produção antecipada não-urgente (proativa) deverá apresentar “as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair” e, além disso, deverá demonstrar a relevância da prova e sua admissibilidade, em cotejo com a perspectiva (mesmo remota) de poder vir a ser autor (ou réu) de eventual ação judicial, por conta da possibilidade da situação descrita tornar-se litigiosa, bem como a razão pela qual a prova não poderia ser produzida sem o aparato judiciário. Esta seria, segundo tal corrente doutrinária, a interpretação mais adequada a ser dada às normas processuais alusivas ao cabimento da ação de produção antecipada de prova³⁴⁷, de modo a evitar o uso desta medida fora dos propósitos legais.

Todavia, como se demonstrará adiante, o exame acerca da relevância da prova confunde-se com a análise das condições da ação probatória autônoma, notadamente, do interesse processual (ou interesse de agir). Ou seja, há uma aparente correspondência (se não equivalência) entre a verificação da relevância da prova no âmbito da atividade probatória de todo e qualquer processo e a análise feita pelo juiz acerca das condições da ação de produção autônoma da prova.

Em outros termos, pode-se dizer que a análise do interesse processual do autor da ação de produção antecipada de prova corresponde ao exame de relevância ou pertinência da prova efetuado pelo juiz na atividade instrutória de modo geral. A verificação do binômio

³⁴⁶ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006, p. 262-263.

³⁴⁷ ALVES, André Bruni Vieira. “Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas) no novo CPC”. In: *Coleção grandes temas do novo CPC*. Direito probatório. DIDIER JR. Fredie (coord. geral). 3ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 566.

utilidade-adequação (ou do trinômio utilidade-necessidade-adequação³⁴⁸), próprio do controle judicial sobre o interesse de agir como condição da ação probatória autônoma, perpassa pelo exame de relevância da prova. Contudo, porque mais abrangente (como se demonstrará nos tópicos subsequentes), a análise sobre o interesse processual do autor da ação probatória autônoma seria mais adequada ao propósito de se evitar o uso especulativo ou outro desvio de finalidade desta medida judicial.

Por certo, não basta que o magistrado venha afastar a aplicação de um meio de prova ilegal ou inidôneo. É preciso evitar que, mesmo nas hipóteses em que o requerente da medida o faça pelo meio de prova correlato ao fato probando, a produção antecipada consubstancie, direta ou indiretamente, algum prejuízo à imagem, à honra, à intimidade ou à privacidade de outrem, ou ainda frustre um negócio lícito e legítimo envolvendo terceiros, ou alcance informações comerciais ou industriais resguardados na propriedade intelectual alheia, entre outros efeitos indesejáveis.

Flávio Luiz Yarshell enfatiza que “eventual decisão que não admita a produção da prova também encerra relevante forma de tutela jurisdicional em favor do demandado. Nesses casos, a rejeição significa o reconhecimento do direito do réu de não ter a respectiva esfera jurídica submetida à atividade probatória; o que, em muitos casos, pode significar o reconhecimento e a preservação de valores como a intimidade, o sigilo, a privacidade e outros situados em idêntico patamar”³⁴⁹.

Isto não equivale a dizer que a técnica de afastar o desvio de finalidade da produção da prova pelo exame de ilegalidade e de relevância (ou pertinência) seja inadequada. Muito pelo contrário, tal exame, além de encontrar sólido respaldo doutrinário, amolda-se à concepção (também amplamente defendida em doutrina) de que a produção antecipada de prova não-urgente corresponde a um procedimento de jurisdição voluntária e, como tal, não haveria efetivamente a propositura de uma ação judicial, a deflagrar atividade jurisdicional

³⁴⁸ O sentido e o alcance do conceito de interesse de agir (interesse processual), segundo a teoria eclética sobre a natureza jurídica do direito de ação, adotada pelos códigos de processo civil de 1973 e 2015, serão devidamente explorados nos próximos tópicos, por ora bastando dizer que o interesse processual revela-se pelo binômio utilidade-adequação, isto é, o proponente de uma medida judicial deve comprovar que ela será útil à satisfação do direito material postulado e que o meio processual eleito é adequado ao provimento judicial pretendido. Há, na doutrina, autores que somam à utilidade a ideia de necessidade da tutela jurisdicional, compondo-se o interesse de agir, segundo tal corrente doutrinária, por um trinômio (utilidade-necessidade-adequação).

³⁴⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 414.

estatal, mas mera atividade administrativa, resultante na simples homologação de uma prova produzida (mas não valorada) em juízo³⁵⁰.

Todavia, por filiar-se à concepção de que há efetiva propositura de uma ação judicial visando à produção autônoma de prova, sendo justamente o fato de produzir-se em contraditório o elemento fundamental de validade da prova, como se disse anteriormente, assim consubstanciando atividade jurisdicional do magistrado³⁵¹³⁵², o presente estudo prossegue mediante o exame do interesse de agir como importante fator de manutenção da finalidade da produção antecipada não-urgente da prova.

Diante disso, passa-se à análise do interesse processual, primeiramente como uma das condições da ação, segundo a teoria eclética adotada pelos códigos de processo civil de 1973 e de 2015, visando, nos tópicos subsequentes, à proposição de critérios mínimos de averiguação do interesse processual na ação de produção antecipada não-urgente de prova, de modo a se resguardarem as finalidades preconizadas pelos incisos II e III do artigo 381 do código processual civil vigente.

³⁵⁰ Como explica Antônio Carlos Marcato, “na visão da doutrina tradicional a jurisdição voluntária não é propriamente atividade jurisdicional estatal, mas atividade administrativa exercida por juízes em situações relacionadas a negócio ou ato jurídico, dando origem a procedimento (e não a processo) que se desenvolve entre os interessados (e não entre partes), gerando ato judicial final (homologação, aprovação, autorização) não coberto pela coisa julgada material. Inexiste processo, pois a administração judicial se perfaz por meio de simples procedimento; inexiste litígio a ser resolvido (quando muito, dissenso ou controvérsia entre os interessados); não há partes, mas interessados, pois aquelas são exclusivamente as pessoas que integram os polos da relação jurídica processual, inexistente nos procedimentos de jurisdição voluntária. Além disso, às decisões proferidas nos procedimentos de jurisdição voluntária falta o caráter substitutivo, característico dos atos definitivos da jurisdição contenciosa, pois a decisão do órgão judicial não se substitui à vontade dos interessados, nem fica imunizada pela coisa julgada material: a autoridade judiciária pode decidir com base na equidade, sem a necessidade de observar critérios de legalidade estrita, como lhe é exigido nos julgamentos proferidos nos processos de jurisdição contenciosa” (MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos especiais*. 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 272-273).

³⁵¹ Atualmente, adverte Antônio Carlos Marcato, “a existência dessas duas modalidades da jurisdição civil” – contenciosa e voluntária – “é questionada por segmento autorizado da doutrina, sob o argumento fundamental de que a denominada jurisdição voluntária também é atividade jurisdicional – e não meramente administrativa –, seja porque coincidentes os princípios que regem uma e outra dessas ‘jurisdições’, seja porque idênticos os seus escopos sociais e políticos. Nesse sentido, por todos, a posição de Dinamarco ao sustentar que a jurisdição voluntária ‘é uma atividade jurisdicional destinada a pacificar pessoas mediante a tutela a uma delas ou a ambas, em casos de conflitos postos diante do juiz sem confronto entre possíveis direitos de uma ou de outra’, e que suas características distintivas são as seguintes: **(a) é atividade jurisdicional e não administrativa, (b) destina-se à tutela de pessoas em casos de conflito, (c) não consiste em dirimir diretamente conflitos entre pessoas, (d) consequentemente, não são julgadas pretensões antagônicas e (e) destina-se a dar tutela a uma das partes, previamente determinada, ou a ambas, sem se colocar para o juiz a escolha entre tutelar uma delas ou a outra**” (grifo nosso), exatamente o que ocorre no procedimento autônomo de produção antecipada de prova. (Op. cit., p. 272).

³⁵² A respeito dessa questão, ver o tópico 3.3.2 deste estudo.

4.4 PROPOSIÇÃO DE CRITÉRIOS DE CONFIGURAÇÃO DO INTERESSE PROCESSUAL NA PRODUÇÃO ANTECIPADA NÃO-URGENTE DE PROVA

Com efeito, o Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 17, estabelece que: “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”. Como se demonstrará adiante, trata-se de norma que demonstra a adoção da teoria eclética a respeito da natureza da ação pelo sistema processual civil em vigor, a exemplo do CPC de 1973, o qual já preconizava a necessidade de preenchimento de determinadas condições para que a postulação do titular de um direito supostamente lesado pudesse efetivamente deflagrar (e obter) a tutela jurisdicional. A ausência de uma dessas “condições da ação” acarreta a extinção do processo, sem resolução de mérito, conforme o art. 485, VI³⁵³.

Neste sentido, se o legislador processual civil de 2015 inseriu a previsão de um procedimento judicial de produção antecipada de prova, sem o requisito da urgência, com vistas ao incremento da autonomia privada no processo e à consubstanciação do sistema multiportas de solução de conflitos, a ser instaurado mediante a propositura de uma ação judicial³⁵⁴, é inarredável que tal ação deva se revestir das condições mencionadas no artigo 17 acima transcrito, sob pena de extinção sumária do pedido de produção de prova, pela impossibilidade de obtenção da almejada tutela jurisdicional.

Justamente sob esta perspectiva, em 2009, quando da formulação de seus estudos sobre a distinção entre o direito à prova e o direito de provar em juízo (aqui analisado no primeiro capítulo), com a proposição de alteração do CPC de 1973, Luiz Flávio Yarshell preconizava a necessidade de se “acrescer um inciso ao art. 847 do CPC, para nele constar que as providências de instrução ali mencionadas podem ter lugar sempre que houver ‘motivo legítimo ou que isso seja útil para impedir ou pôr fim a controvérsia ou litígio’”, assim expondo a análise sobre as condições da ação de produção autônoma de prova como elemento essencial à admissibilidade da medida³⁵⁵.

Todavia, como se viu anteriormente, o legislador processual optou por uma redação abrangente acerca dos requisitos para o pedido de produção antecipada de prova, consoante os artigos 381 e 382 do Código de Processo Civil, a exigir, genericamente, a exposição das

³⁵³ “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: (...) VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;”

³⁵⁴ Sobre se há jurisdição contenciosa e efetiva propositura de uma ação judicial, na produção autônoma de prova, ver a nota 351 supra.

³⁵⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 444.

“razões que justificam a necessidade de antecipação da prova”, segundo os incisos I a III do artigo 381, e a menção precisa “dos fatos sobre os quais a prova há de recair”.

Tal disposição legal, contudo, não afasta a análise das condições da respectiva ação de produção autônoma de prova. Ao contrário, os tópicos subsequentes procuram demonstrar que a verificação das condições da ação, notadamente, o interesse processual (com os critérios neles propostos), deve atuar como instrumento complementar aos elementos argumentativos exigidos pelos artigos 381 e 382 do CPC, de modo a contribuir para que se evite o uso meramente especulativo ou qualquer outra forma de desvio de finalidade da medida.

“Cuidando da pretensão à constituição da prova”, afirma Araken de Assis, em uma de suas manifestações que corroboram o presente estudo, “o interesse processual recebeu judiciosas considerações que não podem ser ignoradas. Em primeiro lugar, porque se trata de medida invasiva da esfera jurídica do réu, o que também se verifica na pretensão à asseguuração da prova, mostra-se indispensável que a prova seja útil e pertinente”³⁵⁶.

Inicialmente, no entanto, convém estabelecer o conceito de interesse processual (ou interesse de agir) como condição da ação.

4.4.1 O interesse processual como condição da ação

Uma investigação detalhada sobre as teorias surgidas, principalmente a partir do século XIX, para explicar a natureza da *actio* romana (inspiração para o que atualmente se concebe como o direito de ação), seria absolutamente imprópria à concisão e objetividade que se esperam deste estudo³⁵⁷.

³⁵⁶ ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral – institutos fundamentais*. vol. 2, t. 1 e 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 262.

³⁵⁷ A exposição das principais teorias existentes no mundo ocidental destinadas a identificar a natureza do direito de ação é facilmente encontrada em inúmeras obras doutrinárias de direito processual civil publicadas no Brasil. Destacam-se aqui, à guisa de sugestão de consulta: ARRUDA ALVIM, Teresa (coord.). *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015; ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral – institutos fundamentais*. vol. 2, t. 1 e 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 6. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993; BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009; CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 19ª. ed. São Paulo: Atlas, 2012; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009; DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. v. 1. 18ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017; FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 3ª ed. Rio de

Todavia, importa salientar que, uma vez prevalecente a ideia de que o direito de ação tem existência autônoma em relação ao direito material a que visa resguardar ou satisfazer (teoria autonomista), duas correntes doutrinárias surgiram e ganharam adeptos na Europa: a teoria da ação como direito autônomo e concreto (teoria concretista) e a teoria da ação como direito autônomo e abstrato (teoria abstracionista).

Para a primeira, defendida, entre outros, por Giuseppe Chiovenda (que, inclusive, considerava a ação como um direito potestativo), apesar da existência autônoma, o exercício do direito de ação estaria condicionado ao reconhecimento do direito material subjacente pelo Estado-juiz. Portanto, “a ação seria o direito à sentença favorável, isto é, o direito público voltado contra o Estado, de obter uma proteção pública para o direito subjetivo material”³⁵⁸. Uma vez negada a tutela do direito material, considera-se, segundo tal teoria, que o autor também não teria o direito de ação.

Por outro lado, conforme a teoria abstracionista (ou abstrata), defendida, entre outros, por Francesco Carnelutti, além da existência autônoma em relação ao direito material subjacente, o direito de ação seria direito à composição do litígio pelo Estado-juiz, que, por isso, não depende do reconhecimento do direito material em favor daquele que provoca a atuação estatal. Para esta teoria, “mesmo quando a sentença nega a procedência do pedido do autor, não deixa de ter havido ação e composição da lide. É, assim, suficiente para o manejo do direito público de ação, que o autor invoque um interesse abstratamente protegido pela ordem jurídica”³⁵⁹.

Porém, a teoria adotada pelo sistema processual civil brasileiro, notadamente a partir da outorga do Código de Processo Civil de 1973, é a denominada “teoria eclética” do direito de ação, difundida no Brasil a partir dos ensinamentos de Enrico Tullio Liebman,

Janeiro: Forense, 2005; GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. (Tradução e Notas de Cândido Rangel Dinamarco). 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015; MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1991; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003; RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. *Teoria Geral do Processo*. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil – Vol. 1: Processo de Conhecimento*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Curso avançado de processo civil*. vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

³⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 65.

³⁵⁹ Idem.

processualista italiano que teve uma curta, porém significativa, passagem acadêmica pela Universidade de São Paulo, da qual se considera ter surgido a escola paulista de direito processual civil³⁶⁰. Segundo Ovídio Baptista da Silva³⁶¹, “embora haja deixado LIEBMAN inúmeros ensaios escritos no Brasil, sua célebre teoria a respeito da ‘ação’ só foi exposta em sua forma definitiva em 1949, quando o jurista já regressara à Itália”.

Quanto aos fundamentos da teoria eclética, “tentando superar as duas posições extremas, parte LIEBMAN da afirmação de que este fenômeno, a que se dá o nome de ‘direito de ação’, corresponde a um agir dirigido contra o Estado, em sua condição de titular do poder jurisdicional, e, por isso, em seu exato significado, o direito de ação é, no fundo, o *direito à jurisdição*; entre ação e jurisdição existe, por isso mesmo, uma exata correspondência, não podendo haver um sem o outro (L'azione nella teoria dei processo civile, *Problemi dei processo civile*, p. 45 e 47)”³⁶².

E prossegue Ovídio Baptista da Silva³⁶³:

A doutrina de LIEBMAN representa, de certa forma, uma intermediação entre os dois extremos, representados pelas correntes do "direito concreto de ação" e do direito "abstrato". Reagindo contra a doutrina "civilista" da ação, ou contra a sua variante moderna representada pelos "concretistas", e, ao mesmo tempo, negando também a tese oposta, que identifica a ação com o simples exercício de um direito público subjetivo incondicionado, por meio do qual qualquer pessoa pode provocar a atividade jurisdicional, coloca-se LIEBMAN num ponto intermediário, ao definir a "ação" como um direito subjetivo público dirigido contra o Estado, correspondente ao direito reconhecido a todo cidadão de obter uma sentença de mérito capaz de compor o conflito de interesses representado pela lide. Sendo assim, embora o "direito de ação" seja outorgado indiferentemente ao litigante que tenha razão e ao que tenha repelida por infundada a sua demanda - e neste sentido seja ele "abstrato" -, só existirá efetivamente "ação" processual quando existentes determinadas "condições" prévias indispensáveis para que o juiz possa decidir sobre o mérito da causa. Se algum defeito existente na relação processual, ou algum requisito prévio porventura não satisfeito pelo autor, relativamente ao direito posto em juízo, impedir que o magistrado julgue o *meritum causae*, a decisão que encerre tal

³⁶⁰ No artigo intitulado “A Influência de Liebman no Direito Processual Civil Brasileiro”, Alfredo Buzaid assim relata a passagem de Liebman pelo Brasil: “foi ao início da Segunda Guerra Mundial que aportou ao Brasil Enrico Tullio Liebman, professor catedrático já aureolado. Regeu, a princípio e por pouco tempo, um curso na Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais. Depois transferiu sua residência para São Paulo, onde foi contratado para ministrar o curso de extensão universitária na Faculdade de Direito, aí permanecendo até 1946. Neste ano regressa à Itália. A sua Pátria, finda a guerra, reclamava-lhe a volta, a fim de assumir a cátedra da Faculdade de Direito da Universidade de Milão”. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66795/69405/88187#:~:text=Foi%20ao%20in%C3%ADcio%20da%20Segunda,da%20Universidade%20de%20Minas%20Gerais.>> Acesso em 15 de junho de 2021.

³⁶¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de processo civil – Vol. 1: Processo de Conhecimento*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 86-88.

³⁶² Idem.

³⁶³ Ibidem.

processo não será verdadeiramente jurisdicional. E não tendo havido, nesta hipótese, desempenho de função jurisdicional, exercício de "ação" igualmente não houve. (...) A "teoria eclética", não obstante afirmar que o chamado "direito de ação" é autônomo e abstrato, considera que ele só existirá verdadeiramente quando estejam presentes, no processo, determinadas *condições* que o legitimem, ou seja, o "direito de ação" é abstrato, mas deve ser "conexo a uma pretensão de direito material", ligado como deve estar, segundo se diz, a uma *concreta* situação de fato.

O "direito de ação" na realidade só existiria quando houvesse um motivo justificador do pedido de tutela jurisdicional, isto é, quando surgisse "uma situação de fato contrária ao direito, que possa ser resolvida tão só pelas vias jurisdicionais" (J. FREDERICO MARQUES, *Instituições...*, v. 2, p. 14).

Assim, para que o titular de um direito supostamente lesado possa obter a tutela jurisdicional desse direito, segundo a teoria eclética, deverá demonstrar em juízo a presença de determinadas condições; as chamadas "condições da ação".

Originalmente, malgrado o dissenso doutrinário que marcou a vigência do CPC de 1973 sobre quantas ou quais exatamente seriam essas condições, prevaleceu (ao menos no texto do código) o entendimento de que seriam três: a) a legitimidade *ad causam*; b) o interesse processual (ou interesse de agir³⁶⁴) e c) a possibilidade jurídica do pedido.

A este respeito, afirmam Ada Pellegrini Grinover *et al.*³⁶⁵:

Embora abstrato e ainda até certo ponto genérico, o direito de ação pode ser submetido a condições por parte do legislador ordinário. São as denominadas *condições da ação* (possibilidade jurídica, interesse de agir, legitimação *ad causam*), ou seja, condições para que legitimamente se possa exigir, na espécie, o provimento jurisdicional. A exigência da observância das condições da ação deve-se ao princípio de economia processual: quando se percebe, em tese, segundo a afirmação do autor na petição inicial ou os elementos de convicção já trazidos com ela, que a tutela jurisdicional requerida não poderá ser concedida, a atividade estatal será inútil, devendo ser imediatamente negada. Mas ainda que a resposta do juiz se exaure na pronúncia de carência da ação (porque não se configuram as *condições da ação*), terá havido exercício da função jurisdicional. Para uma corrente, as condições são condições de existência da própria ação; para outra, condições para o seu exercício.

³⁶⁴ Araken de Assis critica o uso da expressão "interesse de agir", consolidada em doutrina. Para o referido processualista, o correto seria o uso, sempre e somente, da expressão "interesse processual". Assim esclarece seu posicionamento: "o art. 16 do NCPC alude, *tout court*, a 'interesse'. Os art. 337, XI, e 485, VI, adjetivam esse interesse, presumivelmente para separá-lo do interesse substancial (v.g., o interesse do proprietário de exercer os poderes intrínsecos ao domínio), chamando-o de interesse processual. Esta é terminologia correta da categoria. A expressão 'interesse de agir' (*interesse ad agire*) origina-se do direito italiano. Não tem pertinência no direito brasileiro, pois os textos legislativos não a empregam. Nada obstante seu uso corrente, presta-se a equívocos, convindo evitá-la a bem da precisão". (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral – fundamentos e distribuição de conflitos. vol. 1*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 190).

³⁶⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pelegrini. *Teoria Geral do Processo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 288.

No Código de Processo Civil de 2015, após longo debate doutrinário encetado já ao tempo do código anterior, como dito, sobreparou a conclusão de que seriam somente duas as condições da ação, remanescendo na codificação processual vigente apenas a legitimidade *ad causam* e o interesse processual³⁶⁶, como se viu da transcrição supra do artigo 17 do CPC.

A ausência de qualquer das condições da ação, por sua vez, torna o demandante “carecedor da ação”, assim se impondo a extinção do processo sem o exame do mérito da causa pelo juiz (art. 485, VI, do CPC)³⁶⁷.

Porém, das condições atualmente aceitas para o exercício do direito de ação, o interesse processual (ou interesse de agir) é a que se sobreleva ao presente estudo. A seu respeito, vale transcrever a exposição do próprio Enrico Tullio Liebman³⁶⁸:

O interesse de agir surge da necessidade de obter do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe, para isto, a afirmação da lesão deste interesse e a idoneidade do provimento demandado para protegê-lo e o satisfazer. Será, de fato, inútil receber para exame a demanda para conceder (ou negar) o provimento pedido no caso em que na situação de fato que vem deduzida não se encontra afirmada uma lesão do direito ou interesse que se afirma em face da outra parte ou se os efeitos jurídicos que se esperam do provimento já foram de qualquer maneira adquiridos, ou se o provimento seja, por si próprio, inadequado ou inidôneo a remover a lesão ou, por fim, se o provimento demandado não pode ser pronunciado porque não admitido pela lei (por exemplo, a prisão por dívidas).

Portanto, para Enrico Tullio Liebman, o interesse de agir revela-se, de um lado, pela demonstração da necessidade da tutela jurisdicional por quem a postula. E, de outro, pela adequação do provimento judicial vindicado ao bem da vida cuja satisfação se pretende³⁶⁹.

Segundo Ovídio Baptista da Silva³⁷⁰, o interesse de agir:

³⁶⁶ Segundo Alexandre Câmara, “a absorção da possibilidade jurídica pelo interesse de agir nada mais é do que a aceitação da última versão do entendimento de Liebman – notoriamente o criador da ideia de que as ‘condições da ação devem ser tratadas como categoria independente do mérito e dos pressupostos processuais’ – que nas últimas edições de sua obra deixou de sustentar a tese de que seriam três estas ‘condições’” (CÂMARA, Alexandre Freitas. Será o fim da categoria “condição da ação”? Uma resposta a Fredie Didier Junior. *Revista de Processo*, vol. 197, p. 261-269, 2011, p. 263).

³⁶⁷ Não se pode deixar de destacar a posição doutrinária encabeçada por Fredie Didier Jr., um dos processualistas mais atuantes na proposição e revisão do projeto de lei que redundou no Código de Processo Civil de 2015, segundo a qual a opção legislativa adotada não foi de apenas excluir a “possibilidade jurídica do pedido” do rol de condições da ação, mas de abolir a própria figura da carência da ação, considerando o interesse processual e a legitimidade *ad causam* como pressupostos processuais.

³⁶⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. (Tradução e Notas de Cândido Rangel Dinamarco). vol. 1. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 146.

³⁶⁹ Liebman afirma que: “a existência do conflito de interesses fora do processo é a situação de fato que faz nascer no autor interesse de pedir ao juiz uma providência capaz de resolvê-lo. Se não existe o conflito ou se o pedido do autor não é adequado para resolvê-lo, o juiz deve recusar o exame do pedido como inútil, anti-econômico e dispersivo”. (Idem, p. 147).

(...) define-se como a necessidade que deve ter o titular do direito de servir-se do processo para obter a satisfação de seu interesse material, ou para, através dele, realizar o seu direito. Se o provimento judicial pretendido por aquele que pede a proteção jurisdicional não for idôneo para a realização do direito cuja proteção se requer, seria realmente inútil prosseguir-se no processo, até a obtenção de uma sentença que desde logo se sabe incapaz de proteger o respectivo interesse da parte. Daí dizer J. FREDERICO MARQUES (*Instituições...*, v. 2, p. 33) que "para que haja interesse de agir é necessário que o autor formule uma pretensão adequada à satisfação do interesse contido no direito subjetivo material. O interesse processual, portanto, se traduz em pedido idôneo a provocar a atuação jurisdicional".

Se não houver adequação entre a situação concreta de direito material indicada pelo autor e o provimento que o mesmo solicita para protegê-la, o processo resultaria inútil e o interessado estaria a fazer uso indevido do Poder Judiciário, sem qualquer utilidade prática.

Não se confunde, pois, esta categoria de interesse com o real interesse substancial ou material (J. M. ARRUDA ALVIM, *Curso de direito processual civil*, v. 1, p. 288). O autor poderá ter interesse em ver restaurado seu direito, cuja violação vem afirmada no processo, sem que, no entanto, tenha legítimo interesse na obtenção *daquele tipo de tutela* por ele reclamada, justamente porque entre a violação do direito e o meio escolhido para protegê-lo há um descompasso capaz de tornar o processo inidôneo para a finalidade pretendida pelo interessado.

Para Antônio Carlos Marcato³⁷¹:

O interesse de agir revela-se tanto: (a) pela exigência de o interessado valer-se da jurisdição somente se não dispuser de outro meio legítimo para a satisfação de seus interesses, ou quando as tentativas nesse sentido tenham resultado infrutíferas; quanto (b) pela escolha, entre os diversos meios processuais previstos pelo ordenamento jurídico, daquele que lhe assegure a via mais rápida, econômica e coerente para o atendimento de sua pretensão. O interesse de agir resulta, portanto, da conjugação de dois elementos que lhe são intrínsecos: a necessidade concreta do processo e a adequação do provimento e do procedimento desejados. (...)

Sendo possível a resolução do litígio pela utilização, por qualquer dos envolvidos, de instrumentos adequados postos à sua disposição pelo Direito objetivo, inexistem a necessidade concreta do processo e, por decorrência, o próprio interesse de agir. Assim – e exemplificando –, enquanto possível a extinção de obrigação pecuniária por meio do pagamento, não disporá o credor de ação de natureza condenatória ou executiva a ser exercida perante o devedor; configurada a mora do último, surge – e só então – o interesse de agir em juízo. Igualmente estará presente o requisito da necessidade naqueles casos em que, diante do caráter indisponível do Direito substancial em jogo, a via jurisdicional é a única aberta ao interessado (daí falar-se em processo necessário), como sucede nas chamadas ações constitutivas necessárias, como a anulação de casamento, entre outras.

Já o requisito da adequação significa, em síntese, que o exercício da função jurisdicional deve ficar condicionado, em cada caso, tanto à efetiva utilidade

³⁷⁰ Op. cit., 108-109.

³⁷¹ MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos especiais*. 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 37.

que o provimento desejado pelo autor possa ter para atingir o escopo de atuação da vontade concreta da lei, quanto à justiça da sujeição da parte contrária aos rigores de cada tipo de processo. Assim – e exemplificando –, não tem interesse de agir o credor que, antes do vencimento da dívida, promova ação de natureza condenatória perante o devedor.

Daí porque a doutrina processual civil brasileira tem reafirmado que o interesse processual, como condição da ação oriunda da teoria eclética, consubstancia-se no binômio “necessidade-adequação”.

Há, no entanto, estudiosos do direito processual civil que agregam a utilidade do provimento judicial almejado como elemento intrínseco ao interesse processual.

Segundo Araken de Assis, “o interesse processual traduz a oportunidade atual e concreta de o autor formular a pretensão processual perante a autoridade judiciária e, no caso de acolhimento do pedido, obter a vantagem, o proveito ou a utilidade que lhe corresponde no plano substancial”. Prossegue afirmando que “o princípio da economia funciona na espécie, porque inadmissível alguém deduzir em juízo demanda inútil, perseguindo utopias”. Comprovada a utilidade da postulação do autor em juízo, “o componente da necessidade encontra-se sempre subentendido no socorro à via judicial”³⁷².

Assim, de acordo com tal concepção, o interesse processual seria composto de três elementos (um trinômio, portanto): utilidade-necessidade-adequação.

A consequência lógica da ausência de interesse processual é a carência da ação, a qual conduz à extinção do processo sem o exame do mérito da causa pelo juiz, como informa o artigo 485, VI, do Código de Processo Civil de 2015³⁷³ (reproduzindo a implicação prevista no art. 267, VI, do Código de Processo Civil de 1973³⁷⁴).

Araken de Assis afirma que “o sistema da lei processual qualificou o pronunciamento judicial fundado na falta de interesse como hipótese de emissão de sentença terminativa (art. 485, VI)”. Se “(...) presente o interesse processual, o juiz habilita-se a proferir sentença de mérito, acolhendo ou rejeitando o pedido do autor ou o do réu, ou

³⁷² ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral – fundamentos e distribuição de conflitos*. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 89.

³⁷³ “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: (...) VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;”

³⁷⁴ “Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito: (...) VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;”

reconhecendo, de ofício ou a pedido das partes, a ocorrência de prescrição ou decadência (art. 487, I e II)”³⁷⁵.

Quanto ao momento processual em que a carência da ação deva ser analisada e reconhecida pelo juízo, com a respectiva prolação de sentença terminativa, importa destacar que a presença (ou ausência) das condições da ação situa-se entre as matérias de ordem pública, ou seja, verificável “ex officio” pelo juiz ou tribunal a qualquer momento processual ou em qualquer grau de jurisdição, a teor do artigo 337, XI, § 5º, c/c artigo 342, II e III do CPC³⁷⁶. No entanto, consoante o disposto no artigo 330, II e III, do mesmo *codex*³⁷⁷, desde a petição inicial, o juiz está incumbido de exercer o controle sobre a demonstração das condições da ação pelo demandante, vedando, no nascedouro, o pedido de obtenção de tutela jurisdicional, mediante o indeferimento da exordial.

Como assevera Araken de Assis³⁷⁸:

O art. 15 do NCPC, explicitando a necessidade de interesse processual na prática dos atos postulatórios, incluindo os principais (petição inicial e contestação), também assinala o momento da respectiva caracterização.

E, realmente, faltando interesse processual ao autor, a demanda nem sequer ultrapassará o juízo de admissibilidade, cabendo ao juiz indeferir a petição inicial, a teor do art. 330, III (*infra*, 1.536.3). Desse modo, não há dúvida em que momento, etapa ou fase processual o juiz avaliará a existência, ou não, do interesse processual do autor: ao primeiro contato com a inicial. Não é exato que o interesse processual só deva existir na sentença. Representa flagrante contradição admitir que o processo se desenvolva até a oportunidade de o juiz julgar a causa sem “condição” imprescindível à própria constituição legítima da relação processual. Felizmente, o art. 330, III, preservou a coerência do sistema.

Impende salientar, além disso, que a apreciação das condições da ação deverá ocorrer, não somente a partir dos argumentos trazidos pela parte autora (eventualmente impugnadas pela resposta do réu), mas também segundo as “regras de experiência” do magistrado. A este respeito, comenta Luiz Guilherme Marinoni³⁷⁹:

³⁷⁵ Op. cit., p. 90.

³⁷⁶ “Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: (...) XI - ausência de legitimidade ou de interesse processual; (...) § 5º Excetuadas a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo”.

“Art. 342. Depois da contestação, só é lícito ao réu deduzir novas alegações quando: (...) II - competir ao juiz conhecer delas de ofício; III - por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e grau de jurisdição”.

³⁷⁷ “Art. 330. A petição inicial será indeferida quando: (...) II - a parte for manifestamente ilegítima; III - o autor carecer de interesse processual;”

³⁷⁸ Op. cit., p. 91.

³⁷⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e Convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2015, p. 71.

O juiz, para formar o seu raciocínio sobre o litígio, vale-se de regras de experiência, ditas comuns e técnicas (art. 375 do CPC/2015). Essas regras têm o objetivo de permitir, entre outras coisas, a análise da relação entre o indício e o fato essencial.

As regras de experiência comum decorrem de generalizações formadas no seio da sociedade, as quais podem ter base em crenças religiosas, regras de moral ou mesmo em leis naturais, lógicas ou científicas. Enquanto isso, as regras de experiência técnica derivam do pensamento técnico-científico sobre uma determinada situação.

Como as regras de experiência comum podem se fundar em leis científicas e as regras de experiência técnica delas derivam, alguma confusão pode ocorrer. Mas essa confusão é facilmente eliminada quando se constata que a regra de experiência técnica é ancorada diretamente no pensamento científico (ou em uma lei científica), enquanto a regra de experiência comum é uma versão popular acerca de uma lei ou do pensamento da comunidade científica. (...)

Como dito, as regras de experiência comum estão nos conceitos e versões que fazem parte da cultura da sociedade em determinado momento e local. Mas essa ideia de regra de experiência foi negada pela doutrina que forjou os primeiros – e até hoje célebres – conceitos de regra de experiência ou de “máxima de experiência”.

Tais conceitos tiveram o nítido intuito de racionalizar a noção de regra de experiência, ligando-a a um modelo silogístico dedutivo do juízo de fato. A regra de experiência deveria ser vista como uma regra geral, da qual derivaria, por dedução, a existência de um fato.

Como se verificará adiante, a aplicação das “regras de experiência” do magistrado na apreciação das condições da ação de produção antecipada não-urgente de prova é outro elemento significativo para constatação (e coibição) do uso meramente especulativo (*fishing expedition*) ou outro desvio de finalidade, exigindo do juiz mais do que o exame literal das justificativas apresentadas pelo requerente da medida.

Pois bem, tratando-se de verdadeira ação autônoma proposta com vistas à tutela do direito à prova, sujeita-se a produção antecipada de prova, para além dos elementos argumentativos exigidos pelos artigos 381 e 382 do Código de Processo Civil, ao exame das condições da ação, notadamente, do interesse processual. E isso se diz, reitero-se, mesmo considerando o caráter não-contencioso de que possa se revestir o procedimento, como sói acontecer nas situações de simples verificação formal de um fato para a justificação ou não de uma demanda judicial, porquanto há, mesmo nestas hipóteses, efetiva atividade jurisdicional – e não meramente administrativa – do Estado-juiz³⁸⁰.

Esta concepção sobre a demonstração das condições da ação de produção antecipada de prova em complemento aos aspectos argumentativos previstos nos artigos 381 e 382 do

³⁸⁰ A este respeito, ver o que se disse na nota 351 deste capítulo e no tópico 3.3.2 deste estudo.

CPC vem ao encontro do que Alfredo Buzaid afirma sobre as condições das ações de rito especial, como é a ação probatória autônoma em tela:

Considerada em sua natureza, a ação é uma categoria jurídica autônoma. Mas uma coisa é o conceito de ação; outra e bem distinta é a ação especial, típica, nominada. Enquanto aquela tem três condições, que são necessárias e suficientes para a sua admissibilidade, estas têm condições próprias, que visam a individualizá-las, sem prejuízo das outras condições, que caracterizam a ação. As ações especiais são, pois, dotadas de um *plus*, que serve para lhes dar a conotação adequada em correspondência com o tipo de direito material que a ordem jurídica positiva estabelece. Em outras palavras, a ação é o poder jurídico de invocar a prestação jurisdicional. As ações especiais, sobre terem tal poder, qualificam-se, entretanto, por requisitos específicos em consideração do fim a que estão preordenadas³⁸¹.

Flávio Luiz Yarshell, por seu turno, entende que a ação de produção de prova amolda-se perfeitamente à teoria eclética, dado “o caráter concreto do direito à prova” que, todavia, não exclui a exigência de condições mínimas de obtenção da tutela jurisdicional. Neste sentido, aduz:

(...) o direito à prova, nos termos aqui propostos, pode e deve ser compreendido em sua perspectiva concreta, de forma análoga à clássica concepção de Chiovenda a propósito do direito de ação: o direito à prova, com os contornos aqui delineados, só pode ser entendido como direito a um provimento favorável, isto é, como aquele que reconheça ser viável a produção da prova antecipadamente. Assim, ou o interessado demonstra ser admissível e viável – jurídica e praticamente – a prova, e a antecipação lhe deve ser deferida, ou o interessado simplesmente não ostenta o direito à prova. Não há, nesse contexto, espaço para extinção do processo sem julgamento do mérito.

De qualquer forma, o caráter concreto do direito à prova não afasta a exigência das três condições reconhecidas também pela perspectiva concretista da ação: a legitimidade das partes, o interesse de agir (segundo os indicadores "necessidade" e "adequação") e uma "vontade da lei" (do direito objetivo) a autorizar – ou a não impedir – a produção da prova pretendida³⁸².

Ora, a partir do que se viu no capítulo anterior, o interesse processual na antecipação autônoma e não-urgente da prova pode-se verificar pela demonstração da utilidade do levantamento preventivo de elementos probatórios em torno de um fato, que poderão ser trasladados para valoração em um determinado processo em que se busca a certificação de

³⁸¹ BUZOID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66795/69405/88187#:~:text=Foi%20ao%20in%C3%ADcio%20da%20Segunda,da%20Universidade%20de%20Minas%20Gerais.>> Acesso em 15 de junho de 2021.

³⁸² YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 323.

outro direito material (proteção do direito de provar), além da demonstração de que tais elementos probatórios não poderiam ser obtidos pelo interessado senão pela via judicial.

De outro lado, o interesse de agir na produção antecipada não-urgente (ou proativa) da prova pode-se verificar na demonstração da utilidade da prova, que não possa ser obtida pela via extrajudicial, para se evitar um possível conflito intersubjetivo, ou propiciar a solução consensual de um conflito já estabelecido (proteção do direito à prova).

Para Fredie Didier Jr. e Paula Sarno Braga³⁸³:

Há, portanto, interesse-utilidade na antecipação da prova – antes ou durante processo de conhecimento – toda vez que sua produção for apta a trazer proveito ou vantagem para o requerente, como nos exemplos acima citados, demonstrando-se, ademais, justo motivo para a investigação, independentemente de urgência ou qualquer tipo de risco de perda da prova. E é o que se observa em alguns ordenamentos estrangeiros, como notícia Daniel Assumpção Neves. Na França e na Inglaterra, admite-se a ação probatória autônoma mediante simples demonstração de justo motivo e utilidade (independente de urgência). Na Itália e na Alemanha, é dispensada a urgência para antecipação da perícia – sendo que no Direito Germânico é considerada suficiente a vontade convergente, a concordância das partes para que ela se realize.

Poder-se-ia dizer que o interesse-necessidade se faz presente, por se impor a intervenção do estado-juiz em sua produção. Só a prova produzida, em contraditório, e sob supervisão e chancela judicial do respeito às formalidades processuais, gozaria da eficácia probatória plena e típica, tal como prevista nas leis processuais civis.

Entretanto, é perfeitamente possível que se produzam os mesmos efeitos se a prova for coletada extrajudicialmente, em contraditório, mediante prévio acordo dos interessados (ou, até mesmo, em contexto arbitral, que também possui natureza jurisdicional). É a resistência da parte adversa a uma pretensão probatória que faz surgir o interesse-necessidade, impondo-se a intervenção e atuação do Estado-juiz para que assegure que a prova seja produzida democraticamente em juízo.

Também, como visto no capítulo anterior, a ação probatória não fundada em urgência é caracterizada pela satisfatividade do direito à prova e pela autonomia em relação à declaração de eventual direito decorrente do fato probando. Tal autonomia, contudo, não significa que todo e qualquer pleito judicial de produção antecipada (ou proativa) de prova deva ser acolhido pelo magistrado.

Como afirma André Bruni Vieira Alves:³⁸⁴

³⁸³ DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. *Revista de Processo*, v. 218, 2013, p. 7-8.

³⁸⁴ ALVES, André Bruni Vieira. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas) no novo CPC. In: *Coleção grandes temas do novo CPC*. Direito probatório. DIDIER JR. Fredie (coord. geral). 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 564-569.

Qualquer postulação de prova deve passar necessariamente pelo crivo preliminar do magistrado de verossimilhança e plausibilidade da postulação e, portanto, de sua admissibilidade. E, se assim é em relação à controvérsia já instaurada, também deverá assim ser quando a controvérsia ainda não esteja instaurada (ou esteja em vias de ser instaurada), inda mais se a postulação pela antecipação da prova for deduzida sob a alegação de uma suposta oportunidade de se evitar (ou confirmar) uma ação futura de accertamento de direitos ou se permitir autocomposição.

Assim, pois, tal como ocorre com a “cautelar de produção de provas” do Código revogado, em que também não deve haver um “automático” deferimento da medida, devendo o magistrado avaliar a sua admissibilidade, isto é, se estariam presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, também na ação probatória autônoma definida no novo Código deverá recair o imprescindível juízo de admissibilidade.

Vê-se, pois, que o pedido de produção de prova em ação autônoma, sem o requisito da urgência, em que não se demonstre a necessidade, a adequação e a utilidade da medida, segundo as finalidades preconizadas pelos incisos II e III do artigo 381 do Código de Processo Civil, deve ser rechaçada pelo juiz, ante a ausência de interesse processual, tornando o requerente carecedor do direito de obter a tutela jurisdicional. Trata-se, em verdade, de providência apta a coibir o abuso do direito autônoma à prova. Mas, não apenas isso, também configurará o afastamento de uma ofensa ao princípio da cooperação e da deturpação da ideia de autonomia privada no processo judicial.

E essa análise acerca da demonstração do interesse de agir fica sujeita ao contraditório, em que pese o §4º do artigo 382 do Código de Processo Civil dispor que “não se admitirá defesa ou recurso” no procedimento em tela. Em se tratando, o interesse processual, de uma das condições da ação, portanto, matéria de ordem pública a cujo respeito o magistrado deva exercer controle de ofício, evidente que é dado ao interessado (ou réu) manifestar a carência da ação probatória autônoma na hipótese de o juiz não a reconhecer ao despachar a peça inicial.

Da mesma forma, o interessado (ou réu) poderá interpor recurso de agravo de instrumento de eventual decisão que afaste, indevidamente, a alegação de carência formulada em contestação para determinar a produção da prova.

Neste sentido, comenta André Bruni Vieira Alves³⁸⁵:

Aqui, pois, mostra-se oportuno tratar de tema que tem gerado dúvida. É que há expressa previsão no novo Código de que “não se admitirá defesa ou recurso” no procedimento aqui em análise (§4º do art. 382), o que, por si só, poderia levar a uma primeira interpretação de que tais limitações gerariam

³⁸⁵ Op. cit., p. 567.

inconstitucionalidades, por flagrante violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição.

O que se deve ter em mente, entretanto, é que a vedação ao exercício da defesa na ação probatória liga-se, exclusivamente, às questões de mérito atinentes à controvérsia que se delinea como uma possibilidade (e, portanto, ainda potencial). Evidentemente, tal como ocorre com a “cautelar de produção de provas” do Código revogado, não deverão ser admitidas discussões e decisões a respeito dos fatos que mereceriam ser comprovados, devendo ser admitidas, tão somente, objeções atinentes à necessidade e utilidade da prova a ser produzida para algum fim (relevância), à legalidade do meio de prova postulado (admissibilidade, propriamente dita) e aos pressupostos processuais. Se ao juiz não será permitido afirmar a existência ou inexistência de determinado fato (cfe. §2º do art. 381 do novo CPC), não que se falar de defesa em relação às consequências jurídicas a respeito das provas produzidas, o que será feito mediante adequada valoração, se for o caso, na ação judicial futura.

No que tange à impossibilidade de recurso na nova ação probatória, aí sim, há clara inconstitucionalidade da norma que impede a impugnação de decisões judiciais por recurso neste procedimento, já que poderá haver prejuízo a qualquer parte ao ser resolvida e solucionada alguma questão, mesmo que restrita apenas à admissibilidade da ação.

Portanto, apesar do disposto no art. 382, §4º, do CPC, é plenamente possível aos interessados no procedimento da produção antecipada de prova, por meio de defesa (contestação ou exceção “*lato sensu*”), manifestar a carência da ação, como matéria de ordem pública que é, em decorrência da ausência de interesse de agir. Inclusive, com a interposição de recurso na eventual hipótese de não extinção por sentença do procedimento, em rejeição à tese de carência ou outra matéria de ordem pública pelo juiz de primeiro grau.

À vista destas considerações, e sem desmerecer a importância da ação de produção antecipada não-urgente de prova como instrumento de concretização do sistema multiportas de solução de conflitos, bem como de validação da autonomia privada no hodierno direito processual civil, as situações de abuso do direito à prova verificadas na prática forense impõem uma análise judicial criteriosa e fundada, não apenas na descrição precisa do fato probando e na sustentação em uma das finalidades descritas nos incisos II e III do artigo 381 do CPC, mas também no efetivo preenchimento das condições da ação, notadamente o interesse de agir, mediante a demonstração (*i*) da adequação do provimento judicial postulado ao direito à prova afirmado, (*ii*) da necessidade da tutela jurisdicional do direito à prova e (*iii*) da utilidade da prova ante a litigiosidade (ao menos potencial) decorrente do fato probando.

4.4.2 O interesse-adequação: legalidade da prova e idoneidade do meio probatório

Num primeiro aspecto, o interesse processual do requerente da produção antecipada não-urgente de prova revela-se pela adequação do provimento judicial postulado ao direito à prova demonstrado. Em via oposta, significa dizer que o requerente da produção autônoma de prova deverá demonstrar a higidez do direito à prova – pela inexistência de qualquer limitação ou impedimento proveniente de norma constitucional ou infraconstitucional – e a idoneidade do meio probatório eleito, assim consubstanciando a adequação do procedimento de produção autônoma ao direito demonstrado. Numa palavra, se o requerente tem efetivo direito à prova e elege meio probatório idôneo para satisfazê-lo, há interesse processual na antecipação da produção (ou obtenção) dessa prova, em caráter autônomo.

Portanto, falta interesse de agir ao requerente que não demonstre a higidez do direito à prova ou que requeira a produção antecipada por meio probatório inidôneo, sendo, pois, carecedor da ação de produção de prova não-urgente, por ausência de uma de suas condições.

Como demonstrado no primeiro capítulo deste estudo, o direito à prova não é absoluto. Sofre limitações decorrentes de (a) garantias constitucionais dos demais interessados (ou de terceiros), (b) de normas infraconstitucionais que regulam a atividade processual instrutória ou (c) da incompatibilidade com a técnica de cognição processual a ser adotada em eventual procedimento especial de tutela do direito afirmado pelo requerente a partir do fato probando.

Com efeito, a universalidade do direito à prova e seu papel fundamental ao devido processo legal e ao acesso à justiça não autorizam a ofensa a outros valores constitucionais, também resguardados sob *status* de garantias individuais, como a proteção à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem, nem possibilitam o afastamento de princípios caros ao direito processual (alguns também com *status* constitucional), como a instrumentalidade e a efetividade do processo, a razoabilidade, a proporcionalidade e a boa-fé processual.

Neste contexto, o juiz não deve admitir o pedido de produção de prova que configure afronta a garantias constitucionais dos demais interessados ou de terceiros, como a exposição ofensiva à privacidade, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros exemplos de produção de prova em contraste com disposições de norma constitucional. Também não deve admitir o pedido de produção de prova oral sobre fato que somente possa ser provado por documento (em casos como a prova da propriedade imobiliária e a prova sobre o estado da pessoa – *v.g.*, o nascimento, o casamento e o óbito – os quais devem ser demonstrados pela respectiva certidão lavrada em cartório extrajudicial), ou que exija o depoimento de quem não possa testemunhar (por exemplo, de absolutamente incapaz – art. 228, I, Código Civil e art. 447, III,

CPC), ou de quem possua escusa legal para não depor (por exemplo, a decorrente do sigilo profissional ou a recusa de depoimento sobre fato que possa incriminar o depoente – art. 388, CPC).

Para além das limitações do direito à prova provenientes da ilicitude de sua produção, da subversão da ordem processual ou de eventual conflito com princípios ou garantias constitucionais, verificou-se (no primeiro capítulo deste estudo) que a prova também sofre limitações decorrentes da própria amplitude da cognição processual a ser exercida pelo juiz no processo ou procedimento em que venha a ser valorada. Exemplo deste tipo de limitação pode ser encontrado na inadmissibilidade de prova oral visando a simples oitiva de perito no âmbito de uma ação demarcatória, em que a cognição processual a ser realizada pelo juiz deverá fundar-se em providências periciais concretas de levantamento de marcos divisórios do imóvel (após também para a execução da sentença demarcatória).

Mas não apenas isso. Impõe-se, também, que o juiz não admita produção de prova que não seja relevante para o deslinde da situação litigiosa, segundo a exigência do artigo 382, *caput*, do Código de Processo Civil. Assim, além dos limites decorrentes da legalidade da prova, ou das restrições impostas por especificidade da cognição processual, o parágrafo único do artigo 370 do mesmo *codex* preconiza que “o juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias” requeridas pela parte. Quando faz alusão à inutilidade ou ao caráter meramente protelatório da prova, a lei está a estabelecer limites de admissão de provas considerando a necessidade de demonstração de sua pertinência ou idoneidade para, no plano imediato, atestar a ocorrência do fato probando e, no plano mediato, autorizar a tutela jurisdicional do direito que se funda no fato probando.

Portanto, em relação a um processo judicial já em curso, cumpre ao magistrado fixar os fatos controvertidos que serão objeto da instrução processual e zelar para que a atividade probatória não desborde objetivamente da elucidação desses fatos.

Neste sentido, a idoneidade dos meios de prova eleitos pelas partes em cooperação com o juízo é fundamental, não sendo possível a admissibilidade indiscriminada de produção de provas por quaisquer meios, mormente quando há determinados fatos para os quais a lei exige um meio de prova específico³⁸⁶³⁸⁷.

³⁸⁶ Neste sentido, o artigo 406 do Código de Processo Civil vaticina: “art. 406. Quando a lei exigir instrumento público como da substância do ato, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta”. Ou o artigo 443, II, do CPC: “art. 443. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos: (...) II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados”. Ou o artigo 464, §1º, I e III, do CPC, que estabelece: “art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação. §1º. O juiz indeferirá a perícia

Note-se, também, que há situações em que a lei ou a jurisprudência dispensam prova sobre determinado fato³⁸⁸. Ou seja, nem todos os fatos controvertidos precisam ser provados. Isso ocorre, por exemplo, para aos fatos considerados notórios, para os fatos negativos (ou para afirmações de fatos negativos) e para as presunções legais³⁸⁹. Como se viu no capítulo anterior, há ainda situações em que o fato já está provado, sendo desnecessária, ou supérflua, nova comprovação por outro meio³⁹⁰.

Dessa forma, em processo judicial, as partes não podem ser compelidas a produzir prova sobre todo e qualquer fato. Como também não podem requerer a produção de prova sobre todo e qualquer fato. Nem lhes é dada plena liberdade quanto ao meio de prova a ser empregado para todo e qualquer fato.

A legalidade da prova e a idoneidade (ou pertinência) do meio probatório eleito devem ser previamente averiguadas pelo juiz. É assim, tanto para a atividade instrutória de uma demanda judicial em curso, quanto para o requerimento de produção antecipada de prova, mormente em face da possibilidade de desvirtuamento da finalidade preconizada pelo artigo 381 do Código de Processo Civil.

Diante disso, haverá carência da ação de produção antecipada de prova, a impor o indeferimento da petição inicial e a consequente extinção imediata do feito, se o requerente não demonstra a higidez do direito à prova, em face de uma limitação ou impedimento de ordem constitucional ou infraconstitucional à sua produção, ou por inidoneidade do meio probatório eleito pelo interessado, denotando a falta de interesse processual, por inadequação do provimento judicial pleiteado.

4.4.3 O interesse-necessidade: impossibilidade de obtenção extrajudicial da prova

quando: I - a prova do fato não depender de conhecimento especial de técnico; (...) III - a verificação for impraticável”.

³⁸⁷ “A lógica da nova regra do CPC pressupõe que, se um fato apenas pode ser provado por meio de documento ou de perícia, ele não pode ser demonstrado por meio de outras provas, aí incluída, certamente, a presunção”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e Convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2015, p. 67-68).

³⁸⁸ Como se verá adiante, esta circunstância diz respeito ao interesse-necessidade.

³⁸⁹ Idem.

³⁹⁰ Neste sentido, dispõe o artigo 464, §1º, II, do CPC: “art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação. §1º. O juiz indeferirá a perícia quando: (...) II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas;” Ou, ainda, o art. 472 do CPC, que estatui: “art. 472. O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes”.

Por outro lado, o interesse processual do requerente da produção antecipada não-urgente de prova revela-se pela demonstração da necessidade da tutela jurisdicional do direito à prova.

Isto é, o recurso ao aparato jurisdicional para a produção ou obtenção de determinado elemento de prova somente deve ser admitido se demonstrado que o interessado não pode obtê-lo ou produzi-lo pela via extrajudicial, sendo-lhe, assim, necessária a tutela do direito à prova pelo Estado-juiz.

Segundo Antônio Carlos Marcato, “o interesse de agir exprime, de um lado, a exigência de que a parte recorra ao órgão jurisdicional, pleiteando a tutela de direitos, apenas quando não disponha, no terreno extraprocessual, de outros meios para a satisfação daqueles, ou quando esgotados infrutiferamente os instrumentos de Direito material postos à sua disposição”³⁹¹.

Portanto, se o interessado na prova tem condições de obtê-la ou produzi-la pela via administrativa ou extrajudicial, com mesma eficácia probante que teria se a obtivesse ou a produzisse em juízo, falta-lhe interesse processual para a propositura da ação de produção antecipada não-urgente (ou proativa), porque não necessita do aparato estatal para o atingimento da finalidade almejada.

Este, inclusive, é o entendimento jurisprudencial prevalecente sobre a questão. Há vários anos, o Superior Tribunal de Justiça fixou a tese de que falta interesse de agir a quem postula exibição de documentos em juízo sem ter previamente formulado pedido administrativo a quem os detenha ou possa fornecê-los. Neste sentido, estatui: “de acordo com a jurisprudência desta Corte, nas ações de exibição de documentos, a ausência de prévio requerimento administrativo denota a ausência de interesse de agir”³⁹².

Da mesma forma, o aludido tribunal superior vem exigindo a demonstração do interesse processual (tocante à necessidade da tutela jurisdicional) para a incidência de ônus sucumbenciais em ações de exibição de documentos e de produção antecipada de provas³⁹³.

³⁹¹ MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos especiais*. 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017, p. 38.

³⁹² Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AgREsp nº 1.403.993/SP, Relator Min. Marco Buzzi, DJE de 29/03/2019.

³⁹³ “O STJ possui firme o entendimento no sentido de que, em conformidade com os princípios da sucumbência e da causalidade, são devidos honorários advocatícios em ações cautelares de exibição de documentos e produção antecipada de provas, desde que demonstrada a recusa administrativa, e configurada a resistência à pretensão autoral”. (Superior Tribunal de Justiça. AREsp nº. 1193560, Relator Min. Luis Felipe Salomão, DJE de 28/08/2018).

O mesmo entendimento é verificado nos tribunais estaduais. Cite-se, por exemplo, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina que, por intermédio da Súmula n. 57, aprovada em 17/4/2019 pelo Órgão Especial, consolidou precedentes no sentido de que falta interesse processual para a produção judicial antecipada a quem possa dispor da prova pela via administrativa ou extrajudicial. Eis o teor da súmula: “disponível em sítio eletrônico o documento pretendido, carece de interesse processual a produção antecipada de provas ou a pretensão de sua exibição”³⁹⁴.

Assim, ainda que a dispensa do requisito da urgência para a produção autônoma da prova em juízo queira traduzir a maior amplitude possível de acesso ao aparato jurisdicional para a tutela do direito à prova, não se justifica a mobilização da estrutura estatal para a realização de providência cuja eficácia pode ser obtida no âmbito privado pelo titular do direito. O que equivale a dizer que não haveria tutela do direito à prova a ser prestada quando não há demonstração de lesão ao mesmo direito.

Importante destacar, outrossim, que a verificação do interesse-necessidade pelo juiz pode coibir eventuais pedidos de produção autônoma de prova com propósito meramente especulativo, mediante o qual o demandante visa à descoberta de fatos e não propriamente à elucidação ou demonstração formal de um fato já conhecido. Exercendo controle sobre a demonstração de interesse processual, o magistrado dá aplicação concreta à proibição da *fishing expedition*, importante premissa estabelecida no direito anglo-saxão acerca da atividade probatória, já incorporada à jurisprudência brasileira, como se viu no capítulo anterior.

Assim, ausente a necessidade da tutela jurisdicional do direito à prova e, conseqüentemente, do interesse de agir, deve o juiz rechaçar, de plano, a pretensão de produção antecipada (ou proativa) autônoma, determinando a extinção imediata do procedimento.

4.4.3.1 Atualidades sobre a produção extrajudicial de prova (atas notariais e documentos eletrônicos)

Ressalvadas as situações de ilegalidade da prova e de inidoneidade (impertinência) do meio probatório prevista em regra específica, o Código de Processo Civil, em seu artigo

³⁹⁴ Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/documents/557855/3390160/S%C3%BAmula+57/ad41c473-1305-7087-8786-c5683401fcf4>>. Acesso em 18 de junho de 2021.

369, autoriza o emprego de “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos” para a prova da “verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”³⁹⁵³⁹⁶.

Segundo o artigo 212 do Código Civil, um fato jurídico pode ser provado por: confissão, documento, testemunha, presunção ou perícia³⁹⁷. Já no âmbito de um processo (ou procedimento) judicial, segundo o Capítulo XII (Das Provas) do Título I (Do Procedimento Comum) do Livro I (Do Processo de Conhecimento e do Cumprimento de Sentença) da Parte Especial do Código de Processo Civil, são admissíveis como meios de prova das alegações das partes ou interessados: a prova documental (pública ou particular, em meio físico ou eletrônico), a confissão (judicial ou extrajudicial), a prova testemunhal, a prova pericial e a inspeção judicial. A presunção de veracidade de que gozam alguns fatos, segundo o artigo 374 do CPC também pode ser considerada um meio de prova de fato jurídico³⁹⁸.

A confissão judicial, a prova testemunhal, a prova pericial e a inspeção judicial são, por sua natureza, produzidas em juízo, observados seus requisitos legais de validade e eficácia. As presunções, por seu turno, não são produzidas, mas simplesmente valoradas em juízo, ao longo das atividades cognitivas e decisórias do juiz³⁹⁹.

Já a prova documental é preponderantemente produzida (ou obtida) no âmbito extraprocessual, cabendo às partes (ou interessados) trazê-la à valoração judicial no processo, com a característica de ser indispensável ou insubstituível para a comprovação de alguns fatos jurídicos⁴⁰⁰ e de ser admitida, inclusive, em substituição a outros meios de prova⁴⁰¹.

Sem embargo da importância de todos os meios de prova previstos em lei, nem olvidando haver fatos que pressupõem um determinado meio de comprovação – como é o caso da prova testemunhal para atestar a posse de um bem, ou da prova pericial (médica) para aferir uma moléstia física ou psíquica, dentre tantos outros exemplos – ocorre que, ao longo

³⁹⁵ “Art. 369. 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”.

³⁹⁶ Trata-se, aqui, do princípio da atipicidade das provas (BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 310.

³⁹⁷ “Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: I - confissão; II - documento; III - testemunha; IV - presunção; V - perícia”.

³⁹⁸ ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. *Novo Contencioso Cível no CPC/2015*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 154.

³⁹⁹ Idem, p. 157.

⁴⁰⁰ Ver artigos 406 e 443, II, do CPC.

⁴⁰¹ Ver artigos 443, I, 464, §1º, II e 472 do CPC.

das últimas décadas, a prova documental vem ganhando cada vez mais relevância pela crescente ampliação dos métodos disponíveis de registro documental dos fatos.

É notório, nos dias atuais, como os recursos tecnológicos se inseriram de forma indelével no cotidiano das pessoas. Mesmo em países subdesenvolvidos, como o Brasil, verifica-se um amplo acesso a dispositivos eletrônicos conectados à rede mundial de computadores, com ferramentas avançadas de comunicação por mensagens eletrônicas, de captação de imagens, de gravação de áudio e vídeo, de realização de contratos de compra e venda mercantil e operações bancárias ou financeiras em meio eletrônico, dentre outras aplicações, gerando uma capacidade massiva e instantânea de obtenção ou produção de registros documentais sobre fatos jurídicos⁴⁰².

A ampla difusão desses recursos tecnológicos também popularizou o uso de documentos eletrônicos, os quais vêm substituindo, quase que em sua totalidade, o uso de documentos físicos.

Bem por isso, a legislação pátria avançou no sentido de admitir e regular o uso de documentos eletrônicos (públicos ou privados) para a prova dos negócios jurídicos, sendo a Lei n. 12.682, de 9 de julho de 2012, que “dispõe sobre a elaboração e o arquivamento de documentos em meios eletromagnéticos”⁴⁰³, e o Código de Processo Civil de 2015, em seus artigos 439 a 441, as principais matrizes normativas em vigor⁴⁰⁴⁴⁰⁵.

⁴⁰² Segundo o relatório “Panorama Setorial de Telecomunicações”, publicado pela ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, em fevereiro de 2021, o Brasil possuía 238.475.207 aparelhos de telefonia móvel em operação, correspondentes a uma densidade de 98,7 aparelhos para cada 100 habitantes. (Disponível em: <https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO4kCmhYFZFcFyk2xcNzowyg1lpgoAUxLZIn4vabIY7hJSg3cApvde4wUZiQU1NeHitaT_P27W7Pf6HSEZ6_0xAN>. Acesso em 19 de junho de 2021).

⁴⁰³ BRASIL. Lei n. 12.682, de 9 de julho de 2012. *Dispõe sobre a elaboração e o arquivamento de documentos em meios eletromagnéticos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12682.htm>. Acesso em 19 de junho de 2021.

⁴⁰⁴ “Seção VIII - Dos Documentos Eletrônicos

Art. 439. A utilização de documentos eletrônicos no processo convencional dependerá de sua conversão à forma impressa e da verificação de sua autenticidade, na forma da lei.

Art. 440. O juiz apreciará o valor probante do documento eletrônico não convertido, assegurado às partes o acesso ao seu teor.

Art. 441. Serão admitidos documentos eletrônicos produzidos e conservados com a observância da legislação específica”.

⁴⁰⁵ O artigo 422 do CPC trata do uso, em processo judicial, de cópia física de documento eletrônico e de fotografias arquivadas em meio eletrônico: “art. 422. Qualquer reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie, tem aptidão para fazer prova dos fatos ou das coisas representadas, se a sua conformidade com o documento original não for impugnada por aquele contra quem foi produzida.

§ 1º As fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores fazem prova das imagens que reproduzem, devendo, se impugnadas, ser apresentada a respectiva autenticação eletrônica ou, não sendo possível, realizada perícia.

Some-se a isso a previsão da “ata notarial” como modalidade de prova documental sobre “a existência e o modo de existir de algum fato”, aí incluídos os “dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos”, conforme artigo 384 do Código de Processo Civil de 2015, mediante lavratura por tabelião, portanto, dotada de fé pública⁴⁰⁶.

Diante dessas circunstâncias, percebe-se que a ampla disponibilidade da produção de prova documental sobre os fatos jurídicos, no âmbito extrajudicial, vem suprir, em grande parte, a necessidade de obtenção de meios de comprovação de atos e fatos que possam ser levados ao crivo jurisdicional para a tutela de direitos.

Assim, ressalvados os casos em que a produção de prova documental esteja indisponível (ou inacessível) ao interessado na seara extrajudicial, ou se mostre inidônea (impertinente) como meio de prova de um determinado fato, ou, ainda, nos casos em que a lei exija a adoção de meio probatório diverso ou específico (v.g., o exame pericial para o deferimento de um benefício previdenciário), a possibilidade de produção extrajudicial da prova elide o interesse-necessidade na sua produção judicial antecipada (ou proativa), em procedimento autônomo e sem o requisito da urgência.

4.4.3.2 A presunção de interesse-necessidade na produção de prova testemunhal e pericial

Por outro lado, há casos em que o interesse-necessidade do requerente da produção autônoma não-urgente de prova é presumido, dadas as particularidades do meio probatório a ser empregado. Este é o caso da prova testemunhal e da prova pericial, quando a lei ou a jurisprudência as admitem como meio probatório idôneo.

É consabido que, em determinados casos, a prova testemunhal pode ser dispensada ou substituída⁴⁰⁷; o mesmo ocorrendo com a prova pericial⁴⁰⁸.

Contudo, há hipóteses em que a prova testemunhal, ou a prova pericial, é o meio probatório idôneo (ou pertinente), assim considerado pela lei ou pela jurisprudência, para

§ 2º Se se tratar de fotografia publicada em jornal ou revista, será exigido um exemplar original do periódico, caso impugnada a veracidade pela outra parte.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo à forma impressa de mensagem eletrônica”.

⁴⁰⁶ “Seção III - Da Ata Notarial

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”.

⁴⁰⁷ Ver artigos 374 e 443 do CPC.

⁴⁰⁸ Ver artigos 464, §§ 1º a 4º, e 472 do CPC.

atestar determinado fato. Tendo em conta a impossibilidade de se ouvir uma testemunha ou de se realizar um exame, vistoria ou avaliação pericial extrajudicialmente, com mesma eficácia e força probante, é de se presumir o interesse-necessidade da oitiva de testemunha em juízo ou da realização de perícia judicial, em conjunto com as justificativas preconizadas pelos artigos 381 e 382 do CPC para a produção antecipada não-urgente de prova.

O Código de Processo Civil, nos artigos 445 a 446, estipula situações em que a oitiva de testemunhas é o meio idôneo para a prova do fato⁴⁰⁹. Assim o faz, por exemplo, em relação à prova do vício de consentimento em contratos, ou em relação à prova acerca do depósito necessário, do contrato de hospedagem em hotel e de obrigações provenientes da relação de parentesco, hipóteses em que, “moral ou materialmente”, é dificultosa a obtenção de prova escrita da obrigação.

A este respeito, comenta Luiz Guilherme Marinoni⁴¹⁰:

Por outro lado, porém, segundo o art. 445 do CPC/2015, “também se admite a prova testemunhal quando o credor não pode ou não podia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco, de depósito necessário ou de hospedagem em hotel ou em razão das práticas comerciais do local onde contraída a obrigação”. Essa norma, além de exemplificar algumas hipóteses justificativas da dispensa de prova escrita – valendo-se da expressão “em casos como” –, alude a situações em que, moral ou materialmente, o credor não pode ou não podia obter a prova escrita, com a nítida intenção de indicar um “caminho” ao intérprete e, assim, permitir a adequação da norma – e a utilização da prova testemunhal quando realmente necessária – em face das várias situações litigiosas. Diante das circunstâncias de determinados casos concretos, é possível admitir a falta de racionalidade em exigir a prova escrita da obrigação, seja por razão moral ou razão material. Quando o juiz puder expressar uma dessas razões, deve admitir a prova testemunhal, “qualquer que seja o valor do contrato”.

De outro norte, a jurisprudência concebe a oitiva de testemunhas como meio idôneo à prova de determinados fatos ou situações juridicamente relevantes, como é o caso da prova do dano moral em relações de direito patrimonial⁴¹¹ e da prova da posse de bens, respectivamente.

⁴⁰⁹ “Art. 445. Também se admite a prova testemunhal quando o credor não pode ou não podia, moral ou materialmente, obter a prova escrita da obrigação, em casos como o de parentesco, de depósito necessário ou de hospedagem em hotel ou em razão das práticas comerciais do local onde contraída a obrigação.

Art. 446. É lícito à parte provar com testemunhas: I - nos contratos simulados, a divergência entre a vontade real e a vontade declarada; II - nos contratos em geral, os vícios de consentimento”.

⁴¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Prova e Convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2015, p. 67-68.

⁴¹¹ Sobre exigência de prova (testemunhal) para a comprovação do dano moral em relações de direito patrimonial: “O saque indevido de numerário em conta corrente não configura dano moral *in re ipsa*

O mesmo ocorre em relação à prova pericial. Há hipóteses em que a lei, ou a jurisprudência, exige o exame, a avaliação ou a vistoria pericial para a constatação de um fato ou situação juridicamente relevante⁴¹².

Em ambos os meios de prova, é justamente o procedimento judicial de produção, com observância do contraditório, o fator preponderante para sua legitimação e eficácia, que não alcança sucedâneo no âmbito extrajudicial.

O valor probante da oitiva testemunhal repousa na tomada de seu compromisso com a verdade⁴¹³, pelo magistrado, e na possibilidade de contradita e de inquirição pelos demais interessados na prova, segundo as disposições dos artigos 450 a 463 do Código de Processo Civil.

No mesmo sentido, o exame, avaliação ou vistoria realizada por perito, no âmbito extrajudicial, será considerada mera prova documental em juízo, por não ser produzida sob a coordenação do magistrado e não observar o procedimento em contraditório dos artigos 465 a 480 do Código de Processo Civil.

Aliás, como se disse no capítulo anterior (tópico 3.3.2), é justamente a participação (ao menos formal) dos interessados na produção da prova (além do requerente) que legitimará sua eventual valoração pelo juiz. Impedir sua produção em juízo, fora de alguma situação de desvio de finalidade da produção antecipada de prova, equivale a retirar da constituição ou da asseguuração da prova justamente aquilo que a caracteriza, isto é, a publicização do ato jurídico somada à possibilidade de impugnações ou contraposições diversas pelos demais interessados no que tange à forma de sua constituição ou asseguuração, sob a coordenação do magistrado.

Essas conclusões, todavia, não se aplicam à inspeção judicial, como meio de prova previsto nos artigos 481 a 484 do Código de Processo Civil⁴¹⁴.

(presumido), podendo, contudo, observadas as particularidades do caso, ficar caracterizado o respectivo dano se demonstrada a ocorrência de violação significativa a algum direito da personalidade do correntista”. (STJ. REsp n. 1573859/SP - 2015/0296154-5, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, Data de Julgamento: 07/11/2017, Data de Publicação: DJe 13/11/2017).

⁴¹² São exemplos: em causas previdenciárias, para averiguação de perda da capacidade laborativa, visando ao deferimento de auxílio-acidente, auxílio-doença ou aposentadoria; em causas trabalhistas, para averiguação de insalubridade ou periculosidade no ambiente laboral; em ações indenizatórias por erro médico, para averiguação de culpa e extensão de danos da vítima.

⁴¹³ Conforme o artigo 458 do CPC: “art. 458. Ao início da inquirição, a testemunha prestará o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado.

Parágrafo único. O juiz advertirá à testemunha que incorre em sanção penal quem faz afirmação falsa, cala ou oculta a verdade”.

⁴¹⁴ “Seção XI - Da Inspeção Judicial

Embora tal meio probatório, por razões óbvias, só possa ser realizado no âmbito processual, não se concebe situação em que a inspeção pelo juiz seja, sempre ou somente ela, o meio de prova idôneo (ou pertinente) para a verificação de um fato ou situação juridicamente relevante. Em verdade, a avaliação realizada pelo juiz tem a vantagem de aproximar a produção e a valoração da prova, concentrando-as no mesmo agente. Mas, a rigor, não se aplica aos casos em que necessária uma avaliação técnica (própria para prova pericial), motivo pelo qual, no mais das vezes, a inspeção judicial poderia ser substituída, ou por prova documental (audiovisual), ou por prova testemunhal⁴¹⁵. Daí por que seu emprego, sob qualquer circunstância, dependerá de uma análise de conveniência e oportunidade pelo magistrado, não havendo que falar em presunção de interesse-necessidade em sua produção antecipada não-urgente.

Portanto, não se tratando de situação em que a prova seja ilícita ou o meio de prova se mostre inidôneo ou impertinente, no que redundaria em carência da ação de produção de prova por ausência de interesse-adequação, como visto acima, caberá ao juiz averiguar o interesse-necessidade no pedido de produção de prova testemunhal e de prova pericial, partindo da presunção de que tais meios de prova, por suas particularidades, não admitem comutação extrajudicial.

4.4.3.3 A presunção de desnecessidade da produção de prova como critério negativo de interesse na antecipação

Convém destacar, outrossim, para a averiguação do interesse-necessidade do requerente da produção autônoma não-urgente de prova, que há situações em que a lei ou a jurisprudência dispensam produção de prova sobre determinado fato. Em outros termos, nem todos os fatos trazidos ao processo precisam ser provados. Isto ocorre, por exemplo, para os

Art. 481. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato que interesse à decisão da causa.

Art. 482. Ao realizar a inspeção, o juiz poderá ser assistido por um ou mais peritos.

Art. 483. O juiz irá ao local onde se encontre a pessoa ou a coisa quando: I - julgar necessário para a melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar; II - a coisa não puder ser apresentada em juízo sem consideráveis despesas ou graves dificuldades; III - determinar a reconstituição dos fatos.

Parágrafo único. As partes têm sempre direito a assistir à inspeção, prestando esclarecimentos e fazendo observações que considerem de interesse para a causa.

Art. 484. Concluída a diligência, o juiz mandará lavrar auto circunstanciado, mencionando nele tudo quanto for útil ao julgamento da causa.

Parágrafo único. O auto poderá ser instruído com desenho, gráfico ou fotografia”.

⁴¹⁵ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. v. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, 231.

fatos notórios, para os fatos incontroversos e para os fatos afirmados por uma das partes e confessados pela parte contrária. E, mesmo em relação a fatos controvertidos pelas partes, independem de prova aqueles em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

É, exatamente, o que determina o artigo 374 do Código de Processo Civil⁴¹⁶.

Sobre os fatos notórios, comenta Alexandre Freitas Câmara⁴¹⁷:

Por fim, vale recordar que não serão objeto de prova as alegações acerca de fatos notórios (art. 374, I), assim entendidos aqueles fatos de conhecimento geral (como seria, por exemplo, a alegação de que a Seleção Brasileira de Futebol jamais conquistou uma Copa do Mundo disputada em território nacional, ou ainda a alegação de que o Brasil tem fronteira com o Uruguai).

A respeito dos fatos confessados, assevera Daniel Amorim Assumpção Neves⁴¹⁸:

Nos termos do inciso II do art. 374 do Novo CPC não dependem de prova os fatos afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária. O dispositivo é repetição do art. 334, II do CPC/1973 e como o artigo revogado contém duas impropriedades.

Sendo a confissão considerada pelo próprio diploma processual um meio de prova, a par a polêmica a respeito de sua real natureza jurídica - não é adequado afirmar que o fato confessado é excluído do objeto da prova porque na realidade ele foi objeto da prova. A prova produzida com relação a esse fato foi a confissão, de forma que, quando muito, pode se dizer que o fato já provado por confissão não precisa ser provado por mais nenhum meio de prova. Parece, inclusive, ter sido esse o objetivo do legislador.

Ocorre, entretanto, que a confissão não é prova plena, de forma que mesmo um fato tendo sido objeto de confissão o juiz não é obrigado a considerá-lo como verdadeiro. Significa dizer que, mesmo já havendo o meio de prova confissão, caso o juiz não se sinta convencido, poderá determinar a produção de outros meios de prova com o que deixará escancarada a incorreção da hipótese excludente do objeto da prova prevista no inciso II do art. 374 do Novo CPC.

No tocante aos fatos incontroversos, afirma o mesmo autor⁴¹⁹:

Também a alegação de fato não controvertida não será objeto de prova, já que a produção da prova se dá justamente para convencer o juiz da veracidade de determinada alegação de fato, e, não havendo controvérsia, o juiz já considerará verdadeira tal alegação, gerando a desnecessidade de produção de prova. Assim, havendo aceitação expressa ou tácita da parte quanto às alegações de fato da parte contrária as mesmas não serão

⁴¹⁶ “Art. 374. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

⁴¹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 201.

⁴¹⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 731.

⁴¹⁹ Idem, p. 732.

controvertidas, não formarão a questão (ponto controvertido) e serão excluídas da fase probatória, por serem consideradas como verdadeiras pelo juiz.

É preciso, entretanto, fazer uma ressalva. Excepcionalmente os fatos não impugnados serão, ainda assim, considerados controversos por imposição da lei. Cria-se, portanto, uma ficção jurídica, tornando a lei um fato controvertido mesmo sem que tenha havido real controvérsia. É o que ocorre com as exceções legais ao efeito de presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor diante da revelia do réu, previstas nos incisos do art. 345 do Novo CPC, e nas exceções ao princípio da eventualidade na contestação, previstas nos incisos e parágrafo único do art. 341 do mesmo diploma legal.

Já sobre os fatos a respeito dos quais milita presunção de existência ou de veracidade, aduz Alexandre Freitas Câmara⁴²⁰⁴²¹:

Também não serão objeto de prova alegações feitas a respeito de fatos sobre os quais incida presunção legal de existência ou de veracidade (art. 374, IV), como é o caso das alegações feitas pelo autor em processo cujo réu tenha permanecido revel (art. 344), o da alegação de que os juros de uma dívida estão pagos quando existe prova do pagamento do principal e a quitação foi dada sem reserva dos juros (art. 323 do CC), ou o da alegação de que uma construção ou plantação feita em um terreno tenha sido feita pelo proprietário e à sua custa (art. 1.253 do CC).

Da mesma forma, a atividade probatória não deve recair sobre fatos irrelevantes ou impertinentes para o deslinde da causa, como se pode extrair do disposto no art. 370 do Código de Processo Civil⁴²².

Neste sentido, afirma Daniel Amorim Assumpção Neves⁴²³:

A produção de provas de alegações de fatos impertinentes, ou seja, que não se relacionam à causa posta à apreciação do juiz, é medida inútil, e por isso deve ser evitada em prol do princípio da *economia processual*. O mesmo ocorre com os fatos irrelevantes, que, mesmo dizendo respeito à causa, em nada influenciam o convencimento do juiz. Fatos irrelevantes e impertinentes não modificam o conteúdo da decisão judicial, o que dispensa a produção de prova a seu respeito. Também são considerados irrelevantes os fatos impossíveis e os de prova impossível, por disposição da lei (p. ex., prova contra presunção absoluta) ou pela natureza do fato (perícia sobre bem que não existe mais). É justamente por isso que o juiz, destinatário da prova, deve no saneamento do processo fixar os pontos controvertidos que serão objeto de prova, para evitar o desenvolvimento de atividade probatória inútil.

⁴²⁰ Op. cit., p. 201.

⁴²¹ Há, também na jurisprudência, o estabelecimento de presunções sobre a existência ou a veracidade de fatos. Tem-se, como exemplo, a dispensa de prova sobre a ocorrência do dano moral proveniente da inscrição indevida do nome de pessoa física ou jurídica em cadastro de restrição de crédito. Neste caso, a existência do dano é presumida (*in re ipsa*).

⁴²² “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”.

⁴²³ Op. cit. p. 730.

Por fim, como se viu no capítulo anterior, há situações em que o fato já está provado, sendo desnecessária, ou supérflua, nova comprovação por outro meio. Disso decorrem as disposições dos artigos 443, I, 464, §1º, II, e 472 do Código de Processo Civil⁴²⁴.

Indubitavelmente, a análise do interesse-necessidade do requerente da produção antecipada não-urgente de prova também perpassa por essas hipóteses legais (ou jurisprudenciais – ver nota 421) em que dispensada a atividade probatória.

Por certo, deve ser rechaçada pelo juiz a pretensão de produção probatória não-urgente, em procedimento autônomo, sobre um fato considerado notório, ou cuja existência ou veracidade sejam presumidas pela lei ou pela jurisprudência. Outrossim, não deve admitir a antecipação de produção de prova sobre fato a respeito do qual tenha havido confissão ou que já esteja comprovado por outro meio idôneo.

4.4.4 O interesse-utilidade: demonstração de litigiosidade ao menos potencial decorrente do fato probando

Por fim, o interesse processual na produção autônoma de prova, em caráter não-urgente (ou proativo), segundo o trinômio adequação-necessidade-utilidade, revela-se pela demonstração de litigiosidade (ao menos potencial) decorrente do fato probando. Ou seja, o provimento judicial probatório há de ser útil no sentido de permitir ao interessado, conhecendo melhor o fato objeto da prova e o(s) meio(s) de demonstrá-lo, se e quando necessário, evitar um conflito, optar pela autocomposição ou, em última análise, bem instruir eventual demanda judicial. Portanto, ao menos em perspectiva remota, a pretensão de tutela do direito à prova deve estar relacionada com a possibilidade de declaração judicial de outro direito material de titularidade do interessado.

Convém destacar que as hipóteses legais de cabimento da produção antecipada de provas sem o requisito da urgência efetivamente remetem à ideia de potencial controvérsia subjacente à medida, quando mencionado pelo Código de Processo Civil que a prova

⁴²⁴ “Art. 443. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos: I - já provados por documento ou confissão da parte;”

“Art. 464. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação. §1º O juiz indeferirá a perícia quando: (...) II - for desnecessária em vista de outras provas produzidas;”

“Art. 472. O juiz poderá dispensar prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem, sobre as questões de fato, pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes”.

antecipada poderá ser “susceptível de viabilizar a autocomposição” (inciso II do art. 381) ou que “o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento da ação” (inciso III do mesmo dispositivo). Claro está, portanto, em ambas as situações, a presença de uma possível, provável ou potencial controvérsia⁴²⁵.

Segundo André Bruni Vieira Alves, “a prerrogativa de invocar do Estado o direito à produção antecipada de uma prova sem o requisito da urgência, em que pese tratar-se de um direito autônomo da parte e que não se liga à necessidade direta de uma declaração e um direito em um determinado caso concreto, deve sempre trazer no horizonte a potencial controvérsia que poderá vir a ser instaurada como critério de relevância e, portanto, de admissibilidade da medida”⁴²⁶.

Embora a produção autônoma de prova seja expressão da autonomia privada no direito processual e incentivo ao sistema multiportas de solução de conflitos, como se viu em tópicos anteriores deste estudo, a possível e eventual valoração pelo juiz do material probatório produzido há que ser considerada pelos interessados. Isto é, a avaliação das chances em juízo não pode ocorrer de forma apartada da própria avaliação judicial que poderia ser obtida no processo declaratório. Por tal motivo, ao exercer o direito à prova e demandar sua antecipação, os interessados haverão de considerar, ao menos em nível de expectativa ou projeção, a valoração que seria extraída em juízo⁴²⁷.

Como afirma Flávio Luiz Yarshell⁴²⁸:

Quer se considere as partes como destinatárias imediatas da prova produzida antecipadamente, quer se considere o juiz como tal, ainda que de forma indireta ou mediata, a prova, mesmo que produzida de forma preliminar, sempre há que guardar nexos com uma afirmada relação de direito material - atual ou potencialmente conflituosa.

Daí ser lícito - como se passa genericamente com a ação - submeter o concreto atendimento do direito à prova a certas condições, em uma técnica sabidamente destinada a evitar atividades inúteis, desnecessárias, não-razoáveis ou, ainda, desproporcionais. Tais condições, no direito à prova - e aí, então, de forma diversa do que usualmente ocorre -, serão colhidas tanto no plano material quanto no processual, dada a ligação mais óbvia da prova com o processo (quer aquele instaurado pelo exercício do direito à prova, quer o processo declaratório que se possa, quando menos, divisar).

⁴²⁵ ALVES, André Bruni Vieira. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas) no novo CPC. In: *Coleção grandes temas do novo CPC*. Direito probatório. DIDIER JR. Fredie (coord. geral). 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 566.

⁴²⁶ Op. cit., p. 567.

⁴²⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 320.

⁴²⁸ Op. cit., p. 321.

Na concepção de William Santos Ferreira *et al.*, “reconhecer a existência de um direito autônomo à prova não significa, portanto, afirmar que a tutela do direito à prova não deva guardar qualquer relação com a necessidade de demonstração de pertinência entre a prova que se pretende obter e a situação de direito material eventual e potencialmente objeto de demanda voltada à declaração do direito”⁴²⁹.

Por conta disso, Eduardo Talamini preconiza que a produção autônoma de prova teria um “nexo de referibilidade com outra pretensão” de direito material⁴³⁰.

Flávio Luiz Yarshell aduz, ainda, que a pretensão probatória “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. A atividade probatória representa – com maior ou menor intensidade – forma de invasão na esfera individual, a impor restrições a direitos como o sigilo, a intimidade, a privacidade, a inviolabilidade domiciliar e até mesmo a propriedade”⁴³¹.

Importante salientar que o procedimento da *disclosure* do direito anglo-saxão, a qual inspirou o legislador processual brasileiro a inserir os incisos II e III no artigo 381 do CPC, estabelece essa relação de litigiosidade ao menos potencial para o deferimento do pedido de revelação de provas entre interessados. Conforme a *Rule 31.16 (3)*, das *Civil Procedure Rules* inglesas, “a Corte pode proferir ordem sob esta norma apenas nos casos em que: (a) o réu tende a ser parte de processos subsequentes; (b) o autor também tende a ser parte nos mesmos processos”⁴³².

⁴²⁹ FERREIRA, William Santos; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LAUX, Francisco; RAVAGNANI, Giovanni; RODRIGUES, Felipe Roberto; APRIGLIANO, Ricardo. *A defesa na produção antecipada de provas - uma leitura constitucional do artigo 382, § 4º, do novo CPC*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/245536/a-defesa-na-producao-antecipada-de-provas---uma-leitura-constitucional-do-artigo-382---4---do-novo-cpc>>. Acesso em 28 de junho de 2021.

⁴³⁰ TALAMINI, Eduardo. Comentários ao artigo 381. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 590.

⁴³¹ YARSHELL, Flávio Luiz. Comentários ao artigo 381. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 1.031.

⁴³² “Disclosure before proceedings start

31.16

(...)

(3) The court may make an order under this rule only where – (a) the respondent is likely to be a party to subsequent proceedings; (b) the applicant is also likely to be a party to those proceedings;” (Disponível em: <<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part31#31.16>>. Acesso em 29 de maio de 2021).

Da mesma forma, no atual sistema processual civil brasileiro, o promovente da ação de produção antecipada não-urgente (ou proativa) de prova “deverá trazer de forma clara e transparente, mesmo que sumariamente, a descrição prevista da relação jurídica existente e da(s) circunstância(s) fática(s) que mereçam ser comprovadas”, como afirma André Bruni Vieira Alves⁴³³. Para este autor, impõe-se “a demonstração de uma potencial controvérsia que possa vir a ser instaurada. Para além da análise da idoneidade ou à inidoneidade dos meios aptos à produção da prova postulada, ao juiz caberá a avaliação da relevância e a pertinência da produção antecipada de prova postulada, ligadas sempre à controvérsia que poderá vir a ser instaurada em decorrência das circunstâncias fáticas trazidas pelo promovente da ação”⁴³⁴.

E arremata:

A rigor, portanto, deve o promovente se desincumbir da tarefa de demonstrar, à saciedade, de forma clara e transparente, a existência de uma potencial controvérsia que poderá se instaurar, identificando, com precisão, os fatos sobre os quais deverão recair a prova e poderão levar a ser evitada (ou confirmada) a necessidade de uma ação futura, ou simplesmente incentivar a composição entre as partes interessadas. (...)

Como já mencionado, lá, na “cautelar de produção de provas” do CPC revogado, na análise do interesse jurídico em agir destacava-se o *periculum in mora*. Aqui, na nova ação probatória autônoma, dever-se-á avaliar, também, a presença de razões que possam evitar (ou confirmar) a necessidade de uma ação judicial, ou ainda, de uma autocomposição. Nesta, a definição do *thema probandum* não se baseará na controvérsia já instaurada, mas na controvérsia que poderá ser eventualmente instaurada e independentemente do perigo da demora na produção da prova.

Nesse passo, ganha relevo a expressão “razões que justificam a necessidade da antecipação da prova”, prevista no *caput* do art. 382 do novo Código⁴³⁵.

Assim, em que pese a autonomia do direito à prova e mesmo a autonomia do procedimento probatório em relação a qualquer outro processo ou procedimento, deve haver a demonstração de interesse-utilidade do requerente da medida, pela exposição de uma situação ao menos potencialmente litigiosa, que justifique o uso do aparato jurisdicional para a tutela do direito à prova.

Este, aliás, seria o único sentido para o emprego da expressão “produção antecipada” pelo legislador do Código de Processo Civil, também para as situações dos incisos II e III do artigo 381, ou seja, fora das hipóteses de tutela do direito de provar em juízo, em que se exige o requisito da urgência e a medida esteja claramente voltada a resguardar prova sujeita a perecimento (inciso I).

⁴³³ Op. cit., p. 568.

⁴³⁴ Idem.

⁴³⁵ Op. cit., p. 569.

Em conclusão, sobre a importância da apuração do interesse processual para se evitarem postulações de produção probatória meramente especulativas ou em desvio de finalidade da medida, comenta André Bruni Vieira Alves:

(...) em que pesem os enormes benefícios que a nova ação probatória autônoma nos indica que trará ao dia a dia do foro, merecem ser rechaçados (ou não admitidos) os processamentos de pedidos de antecipações de prova sem o requisito de urgência em que não se mostre presente a devida relevância da prova, isto é, e que não restem demonstradas a (potencial) controvérsia que poderá vir a ser instaurada e a utilidade da prova para evitar (ou confirmar) a necessidade de uma ação judicial futura ou de compor as partes, devendo-se repelir quaisquer tentativas de utilização deste instrumento processual para a busca ou investigação decorrentes de imaginárias e hipotéticas elucubrações dos jurisdicionados.⁴³⁶

Desse modo, vê-se que a produção autônoma de prova, sem o requisito da urgência, deve pressupor a demonstração de interesse de agir, mediante a exposição de situação que apresente litigiosidade ao menos potencial para qual a prova deva ser produzida ou obtida em juízo, em adição aos elementos argumentativos exigidos pelos artigos 381 e 382 do Código de Processo Civil.

⁴³⁶ *Idem.*

5 CONCLUSÃO

Como resultado do presente estudo, extraem-se as seguintes conclusões:

- 1) a prova constitui, no processo judicial, (a) quanto ao objeto, demonstração de veracidade ou de probabilidade de ocorrência dos fatos narrados pelas partes; (b) quanto à função, fundamento para a escolha racional do magistrado no acolhimento ou rejeição das teses jurídicas das partes;
- 2) embora conformador da garantia constitucional do devido processo legal, o direito à produção de prova em processo judicial não é absoluto. Pode, excepcionalmente, sofrer limitações decorrentes de outros valores jurídicos também resguardados pela Constituição ou da própria natureza da cognição processual admissível para o respectivo procedimento judicial;
- 3) a prova pode ser compreendida como um direito, segundo duas vertentes: a) uma no sentido processual, que considera a prova um instrumento levado ao processo judicial, visando à formação da convicção do juiz, a partir do que se concebe às partes um “direito de provar”; b) outra no sentido material, que considera um direito autônomo da parte obter prova acerca de um fato jurídico de que participe ou tenha interesse, para apresentá-la ou não em juízo, denominado “direito à prova”, sendo este o cerne do procedimento autônomo de produção antecipada (ou proativa) de prova não fundado em urgência;
- 4) o Brasil possui atualmente, no plano normativo, técnicas plúrimas e integradas de composição de conflitos intersubjetivos, a configurar um sistema multiportas de acesso à ordem jurídica justa, apto a gerar o necessário movimento de busca da jurisdição, não como única, mas como última via de satisfação de um direito material lesado;
- 5) dispondo de um sistema multiportas de acesso à ordem jurídica justa, é inegável que a decisão das partes de adotar um método mais célere de solução do conflito, ou, ao contrário, investir tempo e recursos financeiros na instalação de um processo, perpassa pela avaliação da força probante dos meios de que dispõem para a formação do convencimento do magistrado, bem como dos riscos inerentes à opção pela jurisdição;
- 6) o momento atual do processo civil brasileiro é de ampliação do espaço privado, num modelo processual que procura suavizar o protagonismo do juiz e atribuir maior participação aos sujeitos ativo e passivo da relação processual também quanto aos rumos do procedimento judicial a ser efetivado para a solução do conflito, ou, antes, buscar maneiras de evitá-lo;

7) vem se consolidando na doutrina processual civil brasileira a concepção de que não é mais possível considerar o juiz como único destinatário da atividade probatória, quer em relação ao direito de provar no processo, quer em relação ao exercício do direito autônomo à prova por seu titular;

8) com a enunciação do princípio da cooperação, no artigo 6º do CPC, procura-se estabelecer no Brasil um novo modelo processual, fundado na ideia de que, para além da boa-fé objetiva (art. 5º) e da lealdade processual (art. 77), os sujeitos da relação processual devem colaborar para o tempestivo e efetivo resultado do processo. Quer pelo prisma do direito de provar, quer pelo do direito autônomo à prova, as partes devem ter amplo conhecimento ou participação na produção da prova, conjuntamente com o juiz. Só assim, dá-se plena aplicação ao princípio da cooperação e legitima-se o resultado do processo pelo contraditório e a não-surpresa;

9) a partir do CPC/2015, a produção antecipada de provas tanto manteve sua aplicação para afastar situações de risco à cognição processual, isto é, para assegurar o direito da parte provar em processo judicial, aqui exercendo função cautelar, como também adquiriu, expressamente, a função de possibilitar a solução imediata de um conflito potencial ou já existente, ao viabilizar a autocomposição ou mesmo evitar a propositura de uma ação judicial;

10) no âmbito da ação de produção antecipada de provas a atividade instrutória cessa na produção da prova em si. A valoração pertencerá exclusivamente aos interessados, na hipótese dos incisos II e III do art. 381 do CPC, quando a prova é produzida para melhor conhecimento dos fatos e para viabilizar uma solução consensual do conflito. A valoração da prova será realizada pelo juiz se e quando houver a instauração de outro processo para a discussão do direito material cuja certificação depende da verificação do fato probando;

11) a antecipação da prova voltada à proteção do direito de provar, depende da demonstração de urgência e tem natureza cautelar, em decorrência do vínculo teleológico entre a produção da prova e a tutela jurisdicional a ser prestada em outro processo, enquanto a antecipação da prova não urgente, como forma de permitir a adoção de meio consensual de solução do conflito, tem natureza satisfativa do direito à prova;

12) não apenas pela finalidade externada no dispositivo legal, mas pelo próprio debate doutrinário que permeou sua inserção no Código de Processo Civil de 2015, constata-se que os incisos II e III do artigo 381 foram inspirados nos procedimentos da *discovery* e da *disclosure* dos sistemas de tutela de direitos existentes na tradição da *common law*;

13) a despeito do disposto no §4º do art. 382 do CPC e da concepção doutrinária que enxerga na produção antecipada de prova uma medida de jurisdição voluntária, o entendimento prevalecente aponta para a possibilidade de apresentação de contestação ou de exceção “lato sensu” por qualquer interessado (e mesmo interposição de recursos), para a alegação de matérias de ordem pública que impediriam a produção da prova, bem como a possibilidade de o juiz, *ex officio*, indeferir a produção (ou mesmo extinguir de plano o procedimento);

14) a conduta efetivamente cooperativa entre os interessados numa dada situação potencialmente (ou já efetivamente) litigiosa exige total transparência dos elementos de prova disponíveis de parte a parte. Admitir que o interessado esconda algum elemento de prova de que disponha (ou possa dispor) para apresentá-lo somente na fase instrutória de um processo seria absolutamente contrário à ideia de cooperação, no plano imediato, e evidente entrave à eficiência processual e à solução consensual do conflito;

15) no campo normativo, é notório o avanço do sistema processual civil brasileiro a caminho de um melhor equilíbrio entre o publicismo e o privatismo processual, pela ampliação da autonomia das partes e o estabelecimento de um modelo cooperativo de processo judicial. A ação de produção autônoma da prova revela-se um importante instrumento desse novo modelo processual trazido pelo código de 2015;

16) como todo instituto jurídico, também a ação autônoma de produção de provas não é imune a problemas de ordem prática, nem a tentativas de ampliação indevida de seu escopo ou mesmo à intenção ou uso degenerados por quem a propõe, cabendo ao Poder Judiciário coibir o desvio de finalidade dessa providência processual;

17) da leitura dos artigos 381 e 382 do Código de Processo Civil, verifica-se que seriam elementos argumentativos mínimos da petição inicial da ação de produção antecipada de prova: a) a fundamentação do pedido em uma das situações descritas nos incisos I a III do artigo 381, pelo qual o requerente “justifica a antecipação da prova”; b) a exposição “precisa dos fatos sobre os quais a prova há de recair”;

18) a regra do artigo 382 do CPC, embora suficientemente clara sobre a necessidade de exposição pormenorizada dos fatos a respeito dos quais recairá a prova, deixou de delimitar adequadamente o interesse processual a ser demonstrado pelo requerente na propositura do pedido, mantendo a mesma disposição vaga e afeita a subjetivismos do código revogado, no sentido de que o requerente deve “apresentar as razões que justificam a antecipação da prova”;

19) no tocante à produção antecipada de prova para afastar situação de risco à cognição processual do juiz, isto é, fundada no direito de provar em juízo, com natureza cautelar e dependente da demonstração de urgência, a verificação da possibilidade de perecimento da prova permite uma apreciação direta e objetiva pelo juiz, o qual tem condições de aquilatar mais facilmente a necessidade de antecipação da produção da prova ou se será possível aguardar a fase instrutória do processo já instaurado (ou na iminência de sê-lo) para a tutela do direito que se apoia no fato probando;

20) o problema reside, no entanto, nas situações em que o requerente da medida judicial fundamenta sua pretensão na satisfação do direito autônomo à prova. Mas o faz com objetivos recônditos, que possam causar algum prejuízo à imagem, à honra, à intimidade ou à privacidade de outrem, ou ainda de modo a frustrar um negócio lícito e legítimo envolvendo terceiros, ou alcançar informações comerciais ou industriais que, em tese, estariam resguardados na propriedade intelectual alheia. Há, outrossim, situações em que o requerente não busca elucidar ou comprovar um fato já conhecido, mas criar o fato em si e, conseqüentemente, forjar uma pretensão legitimada pela intervenção do Judiciário sob o pretexto da satisfação do direito autônomo à prova. Tal situação, denominada *fishing expedition* ou *document hunting* no direito anglo-saxão, também configura o desvirtuamento ou abuso do direito à obtenção ou produção de prova, o qual não pode ser tolerado pelo Estado-juiz;

21) neste cenário, sobreleva-se a análise em torno do controle judicial de admissibilidade da produção probatória autônoma não-urgente, quer com fundamento na ilegalidade e na relevância (ou pertinência) da prova a ser produzida, quer com fundamento na demonstração de interesse processual (interesse de agir) do requerente, como condição da ação probatória;

22) a análise do interesse processual do autor da ação de produção antecipada de prova corresponde ao exame de relevância ou pertinência da prova efetuado pelo juiz na atividade instrutória de modo geral. A verificação do binômio utilidade-adequação (ou do trinômio utilidade-necessidade-adequação), próprio do controle judicial sobre o interesse de agir como condição da ação probatória autônoma, perpassa pelo exame de relevância da prova. Contudo, porque mais abrangente, a análise sobre o interesse processual do autor da ação probatória autônoma seria mais adequada ao propósito de se evitar o uso especulativo ou outro desvio de finalidade desta medida judicial;

23) o pedido de produção de prova em ação autônoma, sem o requisito da urgência, em que não se demonstre a necessidade, a adequação e a utilidade da medida, segundo as finalidades preconizadas pelos incisos II e III do artigo 381 do Código de Processo Civil, deve ser rechaçado pelo juiz, ante a ausência de interesse processual, tornando o requerente carecedor do direito de obter a tutela jurisdicional. Trata-se, em verdade, de providência apta a coibir o abuso do direito autônomo à prova. Mas, não apenas isso, também configurará o afastamento de uma ofensa ao princípio da cooperação e da deturpação da ideia de autonomia privada no processo judicial;

24) o interesse processual na ação de produção antecipada não-urgente de prova deve ser demonstrado: (i) pela adequação do provimento judicial postulado ao direito à prova afirmado, (ii) pela necessidade da tutela jurisdicional do direito à prova e (iii) pela utilidade da prova ante a litigiosidade (ao menos potencial) decorrente do fato probando;

25) o interesse-adequação revela-se pela demonstração de higidez do direito à prova, no sentido de que este não encontra qualquer obstáculo ou limitação de ordem constitucional ou infraconstitucional à sua produção, ou por inidoneidade do meio probatório eleito pelo interessado;

26) o interesse-necessidade revela-se pela demonstração de que o requerente da produção judicial da prova não tem condições de obtê-la ou produzi-la pela via administrativa ou extrajudicial, com mesma eficácia probante que teria se a obtivesse ou a produzisse em juízo, necessitando da tutela jurisdicional para satisfazer o direito à prova;

27) o interesse-utilidade revela-se pela demonstração de litigiosidade ao menos potencial decorrente do fato probando, ou seja, pela demonstração de que, ao menos em perspectiva remota, a pretensão de tutela do direito à prova deve estar relacionada com a possibilidade de declaração judicial de outro direito material de titularidade do interessado;

28) a análise acerca da demonstração do interesse de agir fica sujeita ao contraditório, em que pese o §4º do artigo 382 do Código de Processo Civil dispor que “não se admitirá defesa ou recurso” no procedimento em tela. Em se tratando, o interesse processual, de uma das condições da ação, portanto, matéria de ordem pública a cujo respeito o magistrado deva exercer controle de ofício, é dado ao interessado (ou réu) manifestar a carência da ação probatória autônoma na hipótese de o juiz não a reconhecer ao despachar a peça inicial. Da mesma forma, o interessado (ou réu) poderá interpor recurso de agravo de instrumento de eventual decisão que afaste, indevidamente, a alegação de carência formulada em contestação para determinar a produção da prova.

REFERÊNCIAS

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. 8, t. 2. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20\(8\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%20(8)%20formatado.pdf)> Acesso em: 26 de abril de 2021.

ALVES, André Bruni Vieira. “Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas) no novo CPC”. In: *Coleção grandes temas do novo CPC: direito probatório*. DIDIER JR. Fredie (coord. geral). 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Comentários às alterações do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

AMARAL, Paulo Osternack. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Prova judiciária no cível e no comercial*. vol. I. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1982.

ANDERSON, Terence; SCHUM, David; TWINING, William. *Analysis of Evidence*. 2a. ed. New York: Cambridge University Press, 2005.

ANDREWS, Neil. *English civil procedure*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

_____. *O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ANTUNES ROCHA, Carmen Lúcia. “O direito constitucional a Jurisdição”. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

ARRUDA ALVIM, Teresa (coord.). *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ARRUDA ALVIM NETO, José Manoel de. “Notas sobre o projeto do novo código de processo”. In: *Revista de Informação Legislativa, Especial novo Código de Processo Civil*, Brasília, ano 48, n. 190.

_____. “Provas: descabimento quanto a fatos impertinentes e incontroversos”. In: *Soluções práticas de direito*. vol. IV, tomo II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Novo Contencioso Cível no CPC/2015*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral – institutos fundamentais*. vol. 2, tomos 1 e 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Processo civil brasileiro: parte geral – fundamentos e distribuição de conflitos*. vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. In: *Sistema penal e poder punitivo: estudos em homenagem ao Prof. Aury Lopes Jr*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. *Curso de processo civil*. vol. III. Porto Alegre: Fabris, 1993.

_____. *Do processo cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. *Curso de processo civil – Vol. 3: Processo Cautelar (Tutela de urgência)*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Curso de processo civil – Vol. 1: Processo de Conhecimento*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 6. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993.

_____. (coord). *Abuso de direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. “O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo”. In: *Temas de direito processual civil*. Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Alguns problemas atuais da prova civil. *Revista de Processo*, v. 53, São Paulo, 1989.

BEACH, Greg; PARKER, Marissa; DREW, Catherine. “Navigating Discovery/Disclosure in Patent Litigation in Canada, the United States, and the United Kingdom”. In: *Canadian Intellectual Property Review*. vol. 31, 2016. Disponível em: <<https://www.stradley.com/~media/files/publications/2016/canadian%20In:tellectual%20property%20review%20-%20parker.pdf>>. Acesso em 27.05.21.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo – Influência do direito material sobre o processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e tutelas de urgência (tentativa de sistematização)*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

_____. *La Valoración Racional de la Prueba*. Madri: Marcial Pons, 2007.

BESSO, Chiara. *La prova prima del processo*. Turim: G. Giappichelli, 2004.

BRASIL. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. *Código de processo civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/19371946/Del1608.htm>. Acesso em 20 de abril de 2020.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em 20 de abril de 2020.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. *Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em 20 de abril de 2021.

_____. Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997. *Regula o direito de acesso a Informações e disciplina o rito processual do habeas data*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19507.htm>. Acesso em 17 de abril de 2021.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em 07 de abril de 2021.

_____. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. *Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2011.101%2C%20DE%209%20DE%20FEVEREIRO%20DE%202005.&text=Regula%20a%20recupera%C3%A7%C3%A3o%20judicial%2C%20a,empres%C3%A1rio%20e%20da%20sociedade%20empres%C3%A1ria.>>. Acesso em 20 de maio de 2021.

_____. Lei n. 12.682, de 9 de julho de 2012. *Dispõe sobre a elaboração e o arquivamento de documentos em meios eletromagnéticos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112682.htm>. Acesso em 19 de junho de 2021.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Institui o Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 20 de abril de 2020.

_____. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. *Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da*

administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em 21 de abril de 2021.

_____. *Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis*. Disponível em: <<https://institutodec.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>>. Acesso em 20 de abril de 2020.

_____. Senado Federal. *Exposição de motivos do anteprojeto do novo código de processo civil*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em 20 de abril de 2020.

_____. Senado Federal. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 28 de abril de 2021.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

_____. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil*. vol. 2, tomo I, 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BUENO, Manoel Carlos (Org.). *Código de Hamurabi*. 1ª. ed. São Paulo: Editora Edijur, 2018.

BUZUID, Alfredo. A influência de Liebman no direito processual civil brasileiro. Disponível em: <[CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 126, p. 1-20, 2005.](https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66795/69405/88187#:~:text=Foi%20ao%20in%C3%ADcio%20da%20Segunda,da%20Universidade%20de%20Minas%20Gerais.> https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/66795/69405/88187#:~:text=Foi%20ao%20in%C3%ADcio%20da%20Segunda,da%20Universidade%20de%20Minas%20Gerais.> Acesso em 15 de junho de 2021.</p></div><div data-bbox=)

_____. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix. “A produção antecipada de prova e o novo CPC”. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (coords.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Direito Probatório. vol. 5. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

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

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

_____. Será o fim da categoria "condição da ação"? Uma resposta a Fredie Didier Junior. *Revista de Processo*, vol. 197, p. 261-269, 2011.

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

_____. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. O ônus da prova na jurisdição das liberdades. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 74, p. 82-97, 1994.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *La prova civile*. Milão: Giuffrè, 1992.

_____. *A prova civil: parte geral, o conceito jurídico da prova*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Pillares, 2016.

_____. *Teoria geral do direito*. Trad. Antonio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999.

_____. *Diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. vol. III. 4ª. ed. Campinas: Bookseller, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Le Prove Civili*. 3ª ed. Torino: UTET Giuridica, 2010.

CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. "Provas". In: *Temas Essenciais do Novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COUTURE, Eduardo. *Interpretação das leis processuais*. Trad. Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3ª. ed. Buenos Aires: Depalma, 1993.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 25ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

DIAS, Jean Carlos. *A dimensão jurídica da prova e sua valoração no moderno estudo do processo civil*. Revista de Processo, vol. 107, Jul-Set/2002.

DIDIER Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. v. 1. 18ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil - v. 2: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (coords.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Direito Probatório. vol. 5. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____ (coord.); MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (organizadores). *Coleção Novo CPC – doutrina selecionada*. v. 3: provas. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. *Revista de Processo*, v. 218, ano 2013.

_____; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 4. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*. Vol. 198, n. 36, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v. II e III. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

FARIA, Guilherme H. Lage. *Negócios processuais no modelo constitucional de processo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

FAZZALARI, Elio. *Il processo ordinario di cognizione*. vol. I. Turim: UTET, 1989.

FERRARI, Francesca. *La “prova migliore”*. Milão: Giuffrè Editore, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, William Santos. *Princípios fundamentais da prova cível*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Capítulo XII: das provas. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa... [et al.] (coord.). *Breves comentários ao novo código de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1.113-1.148, 2016.

_____; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LAUX, Francisco; RAVAGNANI, Giovani; RODRIGUES, Felipe Roberto; APRIGLIANO, Ricardo. *A defesa na produção antecipada de provas - uma leitura constitucional do artigo 382, § 4º, do novo CPC*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/245536/a-defesa-na-producao-antecipada-de-provas---uma-leitura-constitucional-do-artigo-382----4---do-novo-cpc>>. Acesso em 28 de junho de 2021.

FIELD, Richard H.; KAPLAN, Benjamin; CLERMONT, Kevin M. *Civil procedure: materials for a basic course*. 7ª ed. Nova York: Foundation Press, 1997.

FILARDI, Hugo. Ações probatórias autônomas. *Revista de Direito Privado*, v. 102, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

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

FUX, Luiz (coord.). *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Curso de direito processual civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. “A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória”. In: Antonio do Passo Cabral e Pedro H. Nogueira (coords.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Proibição das provas ilícitas na Constituição de 1988. In: DE MORAIS, Alexandre (coord.). *Os 10 anos da Constituição Federal*. p. 249-263. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

GONÇALVES, Jessica; GOULART, Juliana. *Mediação de Conflitos. Teoria e Prática*. Florianópolis: Editora Emais, 2018.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. v. II. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Jurisdição voluntária moderna*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, vol. 164, p. 29-56, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “Prova emprestada”. In: *Doutrinas Essenciais de Processo Civil*, vol. 4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GUEDES, Clarissa Diniz. Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal. *Tese de doutorado*. São Paulo: USP, 2013.

GUERRA, Marcelo Lima. “Sobre as noções probatórias básicas”. In: *Coleção Novo CPC – doutrina selecionada*. v. 3: provas. Salvador: Juspodivm, 2016.

HOMEM DE SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro; SALIM, Clara Araújo. Justiça multiportas: uma análise da mediação no novo código de processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, vol. 299, p. 451-468, 2020.

INGMAN, Terence. *The English legal process*. 9. ed. Oxford: University Press, 2002.

JOLOWICZ, John Anthony. *On Civil Procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

KIELMANOVICH, Jorge L. *Teoría de la prueba y medios probatorios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.

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

LAMY, Eduardo de Avelar. “Considerações sobre a Influência dos Valores e Direitos Fundamentais no Âmbito da Teoria Processual”. In: *Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*. v. 35, n. 69. Florianópolis: Editora UFSC, dez. 2014.

LAUX, Francisco de Mesquita. Relações entre a antecipação da prova sem o requisito da urgência e a construção de soluções autocompositivas. *Revista de Processo*, vol. 242, p. 455–479, 2015.

_____. Relações entre o princípio da eficiência e as normas sobre prova. *Revista de Processo*, vol. 292, p. 19-51, 2019.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. (Tradução e Notas de Cândido Rangel Dinamarco). Vol. 1. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

LOPES, João Batista. *A prova no direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Garantia do tratamento paritário das partes”. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARCATO, Antônio Carlos. *Procedimentos especiais*. 17ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Prova e Convicção: de acordo com o CPC de 2015*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *A convenção processual sobre a prova diante dos fins do processo civil*, Revista de Processo, v. 288, 2019.

_____; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo cautelar*. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2008.

_____; MITIDIERO, Daniel. “Direitos fundamentais processuais”. In: SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINS, Graciela Iurk. *Produção antecipada da prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MASCARO, Alysson Leandro. *Introdução ao estudo do direito*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MAUET, Thomas A. *Pretrial*. 6ª ed. Nova York: Aspen Publishers, 2005.

MEJIAS, Lucas Britto. “Relação entre busca da verdade, deveres instrutórios do juiz e regras de atribuição de ônus probatório”. In: BEDAQUE, José Robertos dos Santos et al. (Coord.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília, Gazeta Jurídica, 2016.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; LOURENCO, H. A teoria geral da prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 263, 2017.

MENDES, João de Castro. *Do conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Ática, 1961.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso do direito: ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no Direito Privado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. *Ensaio sobre recursos e assuntos afins*. Coleção Ensaio de Processo Civil – vol. 2. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

_____. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*. 3ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 25ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações probatórias autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Novo Código de Processo Civil: inovações, alterações e supressões comentadas*. São Paulo: Método, 2015.

_____. *Manual de direito processual civil*. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. VIII, t. II. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PATTI, Salvatore. *Prove - Disposizioni generali*, Bologna: Zanichelli, 1987.

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

_____. *Tratado das Ações*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

PORTUGAL. Lei nº 41, de 26 de junho de 2013. *Aprova o Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1959&tabela=leis>. Acesso em 22 de maio de 2021.

RAMOS, Vitor de Paula. Direito fundamental à prova. *Revista de Processo*, v. 224, 2013.

_____. 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*, v. 263, 2017.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. *Teoria Geral do Processo*. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

RODRIGUES, Marco Antonio. PIMENTEL, João Ricardo Ferreira Fortini. A preparação do processo civil: Produção antecipada de provas, diligências preliminares, *pretrial Discovery* e os *pre-action protocols*. *Revista dos Tribunais On-line*, 2019. Acesso em: 29 de abril de 2021.

SANTOS, Evaristo Aragão; HENK, Suelen Mariana. *A produção antecipada da prova e a vedação ao fishing expedition*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/questao-de-direito/340972/a-producao-antecipada-da-prova-e-a-vedacao-ao-fishing-expedition.>>. Acesso em 27 de maio de 2021.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Prova judiciária no cível e no comercial*. vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Noções gerais da arbitragem*. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2004.

SCHMITZ, Leonard. “Da produção antecipada de prova”. In: STRECK, Lênio, NUNES, Dierle, CUNHA, Leornado Carneiro da. FREIRE, Alexandre. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

SIRUGI, Fernando. *Escrita Cuneiforme*. Disponível em: [<https://www.infoescola.com/civilizacoes-antigas/escrita-cuneiforme>](https://www.infoescola.com/civilizacoes-antigas/escrita-cuneiforme). Acesso em 05 de abril de 2021.

SUCUNZA, Matías A.; VERBIC, Francisco. “Prueba anticipada em el nuevo Código Procesal Civil: un instituto relevante para la composición eficiente, informada y justa de los conflictos”. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (coords.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC*. Direito Probatório. vol. 5. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 599-620.

TAKAHASHI DE SIQUEIRA, Isabela Campos Vidigal. “Provas”. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto; OLIVEIRA, Fernanda Alvim Ribeiro de; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato (Coord.). *Primeiras Lições sobre o novo Direito Processual Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TALAMINI, Eduardo. “Da produção antecipada da prova”. In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo. (coords.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015*. *Revista de Processo*, v. 260, 2016.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 4ª ed. rev. e amp. São Paulo: Editora Método, 2018.

TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè Editore, 1992.

_____. *A prova*. (Trad. João Gabriel Couto). São Paulo: Marcial Pons, 2014.

_____. Poderi probatori delle parti e del giudice. In: Europa, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, 2006.

_____. L'Insegnamento Accademico del Diritto Processuale Civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno L, n. 2, Milano: Giuffrè, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Processo cautelar*. 22ª ed. São Paulo: LEUD, 2005.

THORNBURG, Elizabeth G. *Just Say no Fishing: The lure of metaphor*, 40 U. Mich. J.L. Reform 1: 2006. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=895413>. Acesso em 20 de abril de 2020.

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. vol. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1974.

TORRES DE MELLO, Rogério Licastro. Ação probatória: um redutor de litigiosidade. *A prova no direito processual. Estudos em homenagem ao professor João Batista Lopes*. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Anotações sobre o princípio do devido processo legal. *Revista de Processo*, vol. 646, 1989.

_____. *Inteligência artificial e sistema multiportas: uma nova perspectiva do acesso à justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 1, p. 301-307, 2019.

_____; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)*. v. 2, 16ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et. al. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Curso avançado de processo civil*. vol. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

_____. *Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à justiça) - processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2019.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

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

_____. “Da produção antecipada da prova”. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: DPJ Editora, 2006.