

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO
PROCESSUAL

LETÍCIA SILVA AMARAL

DIREITO AUTÔNOMO À PROVA

VITÓRIA

2017

LETÍCIA SILVA AMARAL

DIREITO AUTÔNOMO À PROVA

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Orientador: Professor Dr. Manoel Alves Rabelo

VITÓRIA

2017

LETÍCIA SILVA AMARAL

DIREITO AUTÔNOMO À PROVA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

Aprovada em 07 de junho de 2017.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Manoel Alves Rabelo
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dra. Marcela Regina Pereira
Câmara
Universidade do Estado do Rio de Janeiro

AGRADECIMENTOS

A DEUS porque “até aqui nos ajudou o Senhor”.

Ao professor Manoel Alves Rabelo que tem acompanhado o meu percurso desde a graduação e a quem devo a oportunidade de iniciar e o estímulo para prosseguir, agradeço pela serenidade, sabedoria e dedicação com que me conduziu por todas as etapas do estudo.

Aos meus pais, Leda e Ezenil, a quem dedico este trabalho, pela vida e pelo apoio incondicional que me fortalece em todos os projetos de vida e de profissão. A minha irmã Leidiane pelo carinho e afetuosidade.

Agradeço ao Vitor continuamente ao meu lado nos momentos mais importantes deste trabalho.

Ao meu grande amigo Caio pelo suporte e atenção, especialmente, nos momentos de confidências dos percalços da vida acadêmica.

Aos professores Rodrigo Reis Mazzei e Augusto Passamani Bufulin, que fizeram parte da banca de qualificação desta dissertação, aos quais agradeço pela leitura e sugestões ao trabalho, orientações valiosas quando a pesquisa ainda estava se moldando e estruturando.

RESUMO

A ação probatória autônoma no novo Código de Processo Civil nasce como instituto dotado de grandes potencialidades, se apresenta em favor do processo eficiente. É procedimento legal, que flexibiliza o momento usual destinado à instrução trazendo-o para fora do processo destinado à declaração do direito. O objeto de estudo se insere na linha de pesquisa Processo, Constitucionalidade e Tutela de Direitos existenciais e patrimoniais e visa analisar a ação probatória autônoma como direito do demandante de conhecer os fatos e a utilidade desse instrumento processual para redução da litigiosidade e como mecanismo capaz de moldar litigantes conscientes dos riscos de eventual demanda, a prova nos contornos delineados não se presta apenas para a realização da justiça de uma decisão sobre o julgamento do mérito. Nesse contexto, serão abordadas as premissas do direito a instrução antecipada, os meandros do procedimento legal previsto no Código de Processo Civil de 2015 e consequências relevantes.

Palavras-chave: Processo civil. Prova. Flexibilização procedimental. Eficiência. Escopos da jurisdição.

ABSTRACT

Autonomous probative action in the new Code of Civil Procedure was born as an institute endowed with great potentialities, if presented in favor of the efficient process. It is a legal procedure, which relaxes the usual moment to carry out a process of preparation of a document for this purpose. The object of study is included in the research line, Process, Constitutionality and Tutorship of existential and patrimonial rights and aims to analyze the autonomous probation as a right of the plaintiff to know the facts and the usefulness of this procedural instrument to reduce litigiousness and as a mechanism capable of molding litigants aware of the risks of eventual demand. The realization of justice of a decision on the judgment of merit. In this context, approaches as premises of the right to early instruction, the intricacies of the legal procedure provided for the Civil Procedure Code of 2015 and relevant consequences.

Keywords: Civil proceedings. Proof. Procedural flexibility. Efficiency. Scopes of jurisdiction.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 BREVE PANORAMA SOBRE O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	11
1.1 MODELOS DE PROCESSO: ISONÔMICO, ASSIMÉTRICO E COOPERATIVO	16
1.2 DA RÍGIDA LEGALIDADE DAS FORMAS À FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL.....	20
2 DIREITO AUTÔNOMO À PROVA	27
2.1 PRÉ-CONSTITUIÇÃO DE PROVA.....	31
2.1.1 As partes como destinatários da prova	36
2.2 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL	43
2.3 NATUREZA JURÍDICA	47
2.4 A BUSCA PELO PROCESSO EFICIENTE.....	51
2.4.1 Máxima eficiência dos meios probatórios	55
2.5 PROVA DOCUMENTADA	60
2.5.1 Prova emprestada e a produção antecipada de provas	60
2.6 LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO.....	65
2.7 BREVE ANÁLISE DA ANTECIPAÇÃO DE PROVAS NO DIREITO ESTRANGEIRO.....	72
3 PROCEDIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE PROVAS	78
3.1 OS REQUISITOS ESPECÍFICOS DE ADMISSIBILIDADE.....	79
3.2 LEGITIMIDADE	83
3.3 INTERVENÇÃO DE TERCEIROS	86
3.4 COMPETÊNCIA	87
3.5 PETIÇÃO INICIAL	89
3.6 RESPOSTA DO RÉU	90
3.7 SENTENÇA	94
3.8 RECURSO.....	94
3.9 CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS.....	97
4 REFLEXOS DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NOS ESCOPOS DA JURISDIÇÃO	100
4.1 PROCEDIMENTO SUMÁRIO DE DOCUMENTAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA E AÇÃO MONITÓRIA	102
4.2 PROVA DA EVIDÊNCIA DO DIREITO	105

4.3	ACORDOS PROCESSUAIS EM PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS	106
4.4	MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO	109
5	CONCLUSÃO.....	114
	REFERÊNCIAS	117

INTRODUÇÃO

Com o desenvolvimento deste estudo, pretende-se examinar a produção antecipada de provas e a forma como esta é conduzida em relação ao Estado e às pessoas, em uma abordagem que ultrapassa a finalidade tradicional de declaração dos direitos, por meio da instauração de um processo.

Tratando-se de uma pesquisa acadêmica de Ciência do Direito adota-se, precipuamente, o método dialético, uma vez que este permite analisar as posições antagônicas para, posteriormente, compará-las e discuti-las. De modo secundário, enfatiza-se também a utilização do método histórico e do método comparativo.

Acerca do tema em análise, referências e comparações serão indispensáveis, no que tange às leis mais antigas do ordenamento nacional, ora revogadas, e aos dispositivos de ordenamentos estrangeiros. Recorre-se, ainda, à coleta de decisões judiciais, pois em uma dissertação ligada ao ramo do processo civil, não se pode deixar de analisar determinados temas sob a ótica dos tribunais pátrios.

Na oportunidade cabem alertas esclarecedores a respeito da forma desta singela dissertação de mestrado. Em primeiro lugar, em obediência às linhas traçadas pelo professor orientador deste estudo, Professor Doutor Manoel Alves Rabelo, o texto segue uma abordagem direta do tema. Busca-se adentrar na análise pertinente, sem necessidade de longas explicações a respeito de institutos indiretamente relacionados, e prioriza-se a sua efetiva relação com o tema. Nesse sentido, nas primeiras linhas já se trata do tema proposto. Como consequência de tal postura e metodologia de estudo, a dissertação alcança um número reduzido de laudas, em virtude de sua abordagem direta.

A fase inicial da pesquisa trata de uma breve correlação entre a história das codificações, em matéria processual, enfocando o ordenamento jurídico e o modelo de processo civil atual que propiciou a previsão do direito autônomo à prova, direito que pode ser entendido como espécie legal de flexibilização de procedimento.

No segundo capítulo, o enfoque do texto se debruça sobre as teorias que envolvem o direito à prova, e traz à luz a superação da visão tradicional, segundo a qual o juiz

é o único destinatário da prova, e cujas premissas embasam o direito autônomo à prova.

Em seguida, a doutrina e a jurisprudência servirão de apoio como fontes de elementos seguros para a delimitação do papel do direito à prova como pressuposto fundamental para alcance do escopo jurídico e social da jurisdição.

Perquire-se, então, em que medida a positivação pelo Código de Processo Civil de 2015 do direito autônomo à prova seria capaz de atingir os objetivos de redução da litigiosidade e estímulo aos métodos consensuais de resolução de conflitos.

Embora se note a existência de alguns estudos e teses sobre a questão da antecipação da prova sem o requisito da urgência, ainda sob a égide do Código de 1973, escassos são os estudos atualizados no contexto do novo diploma legal. Desse modo, a pesquisa se justifica por envolver aspectos teóricos e práticos, tratados com habitualidade nos foros brasileiros, quando de utilização na seara processual.

Apresenta-se, assim, a proposta de estudo sobre o direito à prova em um dos eixos do devido processo legal, ou seja, por meio de um dos mecanismos que é capaz de legitimar e racionalizar as decisões judiciais. O objeto de estudo se insere na linha de pesquisa Processo, Constitucionalidade e Tutela de Direitos existenciais e patrimoniais, o qual se afilia o professor orientador.

Nessa linha de ideias seguem as principais e fundamentais questões, que se tornam objetos para análise:

- a) examinar a delimitação conceitual e natureza jurídica do direito autônomo à prova;
- b) apontar a evolução histórica das teorias sobre antecipação de provas;
- c) perquirir em que medida a concepção tradicional de que o juiz é o destinatário da prova se coaduna com o ônus probatório em acepção subjetiva;

- d) analisar o processo de conhecimento elucidado pelos meios de prova como fator primordial legitimador das decisões judiciais;
- e) verificar alguns institutos do direito estrangeiro, que se assemelham ao direito autônomo à prova positivado pelo novo Código de Processo Civil de 2015;
- f) analisar o procedimento de antecipação de provas sem o caráter de urgência;
- g) perquirir em que medida a consagração do direito autônomo à prova será capaz de convergir com a necessidade de tutela jurisdicional efetiva e eficiente e, ao mesmo tempo, com a necessidade de economia processual e de custos;
- h) examinar se o instituto de produção antecipada de provas é capaz de diminuir a litigiosidade e contribuir para a resolução consensual dos conflitos.

Ademais, mesmo se tratando de pesquisa descritiva, também poderão ser encontrados traços de pesquisa exploratória, tendo em vista que há possibilidade de oferecer uma nova visão acerca do tema proposto.

Feita esta breve introdução, passa-se ao tema propriamente dito, que se iniciará por meio de um retrospecto histórico das legislações processuais, condição para compreensão do tema em enfoque.

1 BREVE PANORAMA SOBRE O PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Na medida em que aumentava o grau de sofisticação das relações políticas do Brasil Colônia, a legislação vigente em Portugal era aplicada às relações jurídicas aqui concebidas.

As ordenações Afonsinas (1496-1521), Manuelinas (1521-1603) e Filipinas (1603 até boa parte do período Imperial) possuíam estruturas semelhantes, compostas por cinco livros: Direito Administrativo e Organização Judiciária; Direito dos Eclesiásticos, do Rei, dos Fidalgos e dos Estrangeiros; Processo Civil; Direito Civil e Direito Comercial; Direito Penal e Processo Penal.

Com o surgimento do Estado Unitário pela Constituição Imperial de 1824, ao Poder Legislativo do Império representado pela Assembleia Geral competia, sob delegação e poder de veto do Imperador, legislar, interpretar, revogar e suspender as legislações, inclusive em matéria processual (artigo 15, VIII). Não obstante, o poder não foi exercido por um longo período.

Assim, as Ordenações Filipinas¹ tiveram ampla vigência no Brasil, perdurando por mais tempo que o período de transitoriedade esperado com a declaração de independência do regime português.² Após a independência, as ordenações valiam naquilo que não fossem contrárias à soberania nacional.

¹ Humberto Theodoro salienta as que o processo previsto nas Ordenações Filipinas possuíam as seguintes características: “forma escrita, de sorte que só o que estava escrito nos autos era considerado pelo juiz; havia atos em segredo de Justiça: as partes não participavam da inquirição de testemunhas e tinham que usar embargos de contradita para provar motivos de suspeita; observava-se o princípio dispositivo em toda plenitude: autor e réu eram donos do processo, cuja movimentação era privilégio dos litigantes.” (THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. (livro eletrônico) Rio de Janeiro: Forense, 2015).

² “Registre-se que os regramentos previstos nas Ordenações Filipinas, mesmo após a independência política de Portugal ocorrida em 1.822, continuaram a ser aplicados no Brasil, consoante Decreto datado de 20 de outubro de 1.823, que previu a continuidade da aplicação da legislação portuguesa no Brasil naquilo que não infringisse a soberania e o regime nacional, ou seja, mesmo após a independência proclamada figuras do direito processual civil seguiam modulação da última das Ordenações do Reino. E tal postura perdurou por bastante tempo, pois como se verá adiante, a primeira legislação genuinamente nacional – o regulamento 737/1850 - teve campo de atuação limitado (ações vinculadas ao direito comercial)” (MAZZEI, Rodrigo Reis. Breve história (ou?estória?) do direito processual civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo civil de 1973. In: DIDIER Jr. Fredie. (coord. geral); MACÊDO, Lucas Buril

O Regulamento Comercial n.º 737 de 1850 é considerado o primeiro diploma processual nacional, editado logo após o Código Comercial. Diante da deficiência legislativa por determinado período teve sua aplicação estendida às relações cíveis, consoante Decreto 763/1890.

Com o escopo de regular o procedimento Cível, o governo Imperial encarregou o conselheiro Antônio Joaquim Ribas de reunir todas as normas relativas ao processo civil, obra concluída em 1876, quando a Consolidação das Leis do Processo Civil passou a vigorar.

Na Constituição de 1891, de irrefutável influência norte-americana, o constituinte previu competência legislativa em matéria processual para os Estados, de forma que à União cabia legislar sobre o rito processual na esfera da Justiça Federal.

Nesse período, em que os Estados desfrutaram de competência para legislarem em matéria processual, o Brasil viveu dois extremos, de um lado Estados como São Paulo e Bahia se empenharam para elaborar Códigos que se destacaram pelo rigor técnico e contribuição para evolução do direito processual de outro os Estados que sequer chegaram a exercer a competência legislativa³ ou fizeram mediante simples reprodução de regras e princípios já sedimentados.

Com a Constituição de 1934, a União passa a ter competência plena para legislar sobre processo, decorrendo daí a necessidade de edição de Código de Processo Civil, capaz de atender as necessidades da nação e unificar o rito no plano nacional.

Com tal desiderato, o constituinte previu, nas disposições transitórias, no *caput* do artigo 11, que após a promulgação do texto constitucional deveria ser formada comissão de juristas para dar início ao projeto dos Códigos de Processo Civil, Comercial e de Processo Penal.

Nesse contexto surgiu o Código de Processo Civil de 1939, cujo objetivo precípua foi de uniformizar o rito processual no âmbito nacional, que até então era tratado de diferentes formas pelas legislações de cada Estado.

de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (Org.) **Novo CPC doutrina selecionada**. V. 1: parte geral. 2º ed. Salvador: Juspodvm, 2016. p. 46).

³ Os Estados de Alagoas, Amazonas, Goiás e Mato Grosso.

A nova codificação deve ser relacionada com o pensamento político e o momento do Estado Novo. A essa altura o juiz é colocado como figura central do novo processo, visto que a autoridade do juiz representa a figura do Estado, assim são maximizados os poderes do juiz, em relação à condução do processo de conhecimento e quanto ao seu poder de decisão.⁴

O projeto do Código de 1973 foi concebido por Alfredo Buzaid, antes do advento do regime autoritário, conforme salienta a doutrina, Buzaid foi convidado no governo de Jânio Quadros a iniciar os trabalhos de reforma. Todavia, o projeto foi entregue somente, em 1964, tendo sofrido algumas alterações antes de ser apresentado ao Congresso Nacional em agosto de 1972.⁵

O Código de Processo Civil de 1973 é destaque em termos técnicos e desponta pela preocupação com a cientificidade do Direito Processual Civil⁶ e autonomia do processo em relação ao direito material. Entretanto, a doutrina tece severas críticas à falta de cuidado com o acesso à justiça:

Em resenha, ainda que involuntariamente, não se idealizou o processo civil como meio para o resultado, pois se forjou um Código de Processo Civil com preocupação mor de fixar a ideia do processo como ciência própria, tal qual tratado nos povos mais civilizados. De toda sorte, os requisitos do Código de processo civil, em culto ao direito processual como ciência autônoma, acabaram por criar um fértil ambiente para estudos monográficos, com abordagem de diversos institutos jurídicos, até então não desenvolvidos no Brasil.

Note-se, por outra banda, que enquanto cultuávamos a autonomia do processo civil, paralelamente, em outras nações, os estudiosos fixavam-se em novas preocupações com o processo civil, estudando-o não mais apenas como ciência autônoma (ou com focos limitados a determinadas figuras jurídicas), mas como instrumento fundamental para pacificação dos conflitos e a proteção dos direitos fundamentais. No entanto, no Brasil tal missão parecia impossível, eis que como se poderia imaginar que num

⁴ Sobre o modelo assimétrico de processo: “O direito, incluso o direito processual civil, resume-se à vontade do soberano, devidamente formalizada, sendo reservado ao juiz tão-somente verbalização, através de silogismos, das palavras da lei, sem qualquer margem de discricção, já que a partir de uma premissa verdadeira só se pode chegar a uma única conclusão verdadeira” (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 88).

⁵ MAZZEI, 2016, p. 54

⁶ “Ressai de logo, nessas assertivas, o espírito de toda uma época: o processualismo científico, de início incontestável em Oskar Bulow, no final do século XIX, parcialmente sistematizado ainda àquele tempo por Adolf Wach, desembarcado no Brasil pela mão da Escola Italiana do século XX, cujo mestre maior fora Giuseppe Chiovenda, trazido na bagagem do seu discípulo Enrico Tullio Liebman.” (MITIDIERO, 2009, p. 24).

Estado de Exceção fosse debatido o processo civil para garantia de direitos fundamentais? Assim, durante o período da ditadura alguns assuntos do processo civil em debate internacional eram praticamente inóspitos aqui no Brasil.⁷

A Constituição de 1988 consagrou um amplo arcabouço de direitos processuais fundamentais aos litigantes,⁸ abarcou toda uma principiologia ligada ao processo no contexto do Estado Democrático de Direito, que impôs a necessidade de remodelação do ordenamento.

Para acompanhar as tendências do processo civil, ao longo da vigência do código, foram necessárias minirreformas, partindo do dever de organizar um processo justo capaz de outorgar tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva aos direitos.⁹

A sétima fase foi a fase das Reformas do Código de Processo Civil de 1973. Ele principiou a ser reformado antes mesmo de entrar em vigor a 1º de janeiro de 1974, mediante leis promulgadas no próprio ano de 1973, durante sua *vacatio legis*. Outras leis reformadoras sobrevieram nos anos subsequentes, até que nos anos 1994-1995 e 2002, por iniciativa de dois Ministros do Superior Tribunal de Justiça (Mins. Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira), veio um surto muito intenso de novas leis responsáveis por uma significativa modernização do processo civil brasileiro, inclusive mediante a implantação de instrumentos de agilização da prestação jurisdicional (antecipação da tutela jurisdicional, execução das obrigações de fazer e de não fazer etc.). Essas foram as chamadas Reforma do Código de Processo Civil e Reforma da Reforma, seguidas da Lei do Cumprimento de Sentença, de 2005, responsável pelo traçado de um novo perfil do processo civil brasileiro, um novo modelo. Das modificações

⁷ MAZZEI, 2016, p. 60-61.

⁸ Embora seja científico, no plano puramente processual, o entendimento de que o processo e o regulamento normativo que o disciplina atuam com autonomia diante do direito material invocado pelo promovente da atividade jurisdicional, este não pode ser o único ângulo com que se há de analisar a prestação realizada pelo Estado-juiz. Na ordem global, enraizada sobretudo nas bases constitucionais, há um dever de tutela, que é de acesso amplo e de caráter cívico, que vem a ser a garantia fundamental de que nenhum direito subjetivo violado ou ameaçado ficará privado do acesso à tutela da Justiça (CF, art. 5o, XXXV). O estudo moderno do direito processual não pode deixar de registrar essa conexão importantíssima, no Estado de Direito Democrático, entre a ordem jurídico-constitucional e o direito processual (THEODORO JUNIOR, 2015).

⁹ “O Código de 1973, elaborado por Alfredo Buzaid e caudatário principalmente da doutrina italiana da primeira metade dos Novecentos, teve vigência plena entre nós até o advento das três grandes leis de reforma do Código de Processo Civil (Leis 8. 952, de 1994, 10.444, de 2002, e 11.232, de 2005),(...) Partindo do dever de organizar um processo justo capaz de outorgar tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva aos direitos (art. 5.º , XXXV e V, CF), o legislador passou a reformar o Código Buzaid a partir de meados da década de noventa dos Novecentos, introduzindo paulatinamente o sincretismo entre a atividade de conhecimento e aquela destinada à realização prática dos direitos e a inserção de técnicas processuais antes reservadas tão somente aos procedimentos especiais no procedimento comum (como, por exemplo, a tutela antecipada). O Código Reformado propôs-se a diferenciar as técnicas processuais no procedimento comum a fim de realizar a tutela específica dos direitos” (MARINONI; Luiz Guilherme; ARENHART; Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 85).

que trouxe, a de maior magnitude sistemática foi a implantação de um processo sincrético, que reúne em um único processo as atividades que antes eram realizadas em dois processos distintos e separados - o de conhecimento e o executivo.¹⁰

Nesse contexto, parte da doutrina entendia que desde que houvesse essa remodelação dos intérpretes e aplicadores, no sentido de interpretação da legislação processual, em conformidade com o modelo constitucional de processo, inaugurado pela Constituição Democrática não seria necessária uma nova codificação.

Todavia, deflagrou-se um movimento reformador que culminou, em 2010, com a submissão ao Congresso Nacional do Projeto de um Novo Código de Processo Civil (Projeto Legislativo n.º 166/2010, de iniciativa da Presidência do Senado Federal). A tramitação deste projeto, após votação de Substitutivo da Câmara dos Deputados (Projeto Legislativo n.º 8.046/2010), concluiu-se em 17 de dezembro de 2014, quando se aprovou, no Senado, o texto que veio a constituir a Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015.¹¹

A Comissão de Juristas, nomeada pela Presidência do Senado, norteou-se, na elaboração do Anteprojeto, pela busca de um processo justo e compatível com o Estado Democrático de Direito. Esse processo se apresenta como a garantia a todos de acesso a uma tutela jurisdicional efetiva, com apreço pela celeridade e pela primazia do julgamento do mérito da demanda.¹² Oportuna à transcrição dos ensinamentos de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira:

Se quisermos pensar o direito processual na perspectiva de um novo paradigma de real efetividade, é preciso romper de vez com concepções

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 34.

¹¹ BRASIL. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 2 set. 2016.

¹² Com base nas linhas de Cândido Rangel Dinamarco, compreende-se que “[...] a evolução do direito processual segue uma escalada de situações jurídicas, que, por sua vez, possuem quatro divisões: direito de demandar ou faculdade de ingresso em juízo: que é a previsão constitucional do direito de ação, que é incondicionado (art. 5º, XXXV, CF); direito de ação: previsto no Código de Processo Civil, que é condicionado; direito à sentença de mérito que se caracteriza após o preenchimento das condições da ação e dos pressupostos processuais; direito à tutela jurisdicional, que somente tem direito o litigante que tem razão, quer seja ele o autor ou o réu, já que o processo não é realizado, tão somente, em benefício do autor, mas para que o Estado possa dirimir os conflitos de interesse” (DINAMARCO, Tutela Jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 21, n.81, p. 68-70, Jan./Mar. 1996).

privatísticas e atrasadas, que não mais correspondem às exigências atuais e que deixaram de ser adequadas às elaborações doutrinárias e aos imperativos constitucionais que se foram desenvolvendo ao longo do século XX. Nesse panorama, um dado importante é o declínio do normativismo legalista, assumido pelo positivismo jurídico, e a posição predominante, na aplicação do direito, dos princípios, conceitos jurídicos indeterminados e juízo de equidade, com toda sua incerteza, porque correspondem a uma tomada de decisão não mais baseada em um *prius* anterior ao processo, mas depende dos próprios elementos que nele serão colhidos.¹³

O Novo Código objetiva priorizar os valores constitucionais permitindo, sempre que possível, o saneamento da falta de formalidades ou mesmo a transposição de determinados requisitos. Essa nova concepção não implica a pretensão de desmerecer o rito formal do processo, mas possui o escopo de deixar claro que este não representa um fim em si mesmo e sim um meio para a efetivação de valores constitucionais que, no peculiar exercício da atividade jurisdicional, deve resultar, via de regra, em um julgamento de mérito, justo, eficaz e rápido, marco do modelo cooperativo de processo civil.

1.1 MODELOS DE PROCESSO: ISONÔMICO, ASSIMÉTRICO E COOPERATIVO

Os sistemas processuais, em regra, são formados por combinações de elementos de cada modelo de processo. Assim, convém ressaltar que os modelos aqui analisados não são estanques, mas modelos mesclados, embora alguns aspectos tenham se sobressaído em dado momento histórico e cultural.

No contexto do novo estatuto processual sobrepõe-se a diferenciação entre os três modelos de processo: isonômico, assimétrico e cooperativo, consoante ensinam as lições extraídas de Daniel Mitidiero.

A concepção de processo isonômico situa-se na Idade Média, ambiente da racionalidade prática, segundo o qual o aplicador do direito deveria resolver o caso concreto submetido a julgamento com base em consenso, “[...] assume fundamental relevância, nesse especial, o diálogo em entre as pessoas que participam do processo, justamente aquelas que se dedicavam à resolução do problema em que

¹³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e tutela jurisdicional. **Revista Processo e Constituição**. Porto Alegre, Faculdade de Direito da UFRGS, n. 2, 2005, p.11.

se consubstanciava o próprio ius”.¹⁴ Nessa concepção, a solução da causa é um processo de descoberta, que envolve todas as partes.

O modelo assimétrico se distancia, por completo, da noção de processo isonômico, o julgamento da causa passa a ser entendido como resultado da subsunção do fato à norma, processo lógico no qual o intérprete retira a vontade concreta da lei e soluciona o caso concreto. Assim, a sentença é equiparada a uma equação matemática, diante dos fatos trazidos pelas partes no processo, o juiz interpretando a norma geral e abstrata extrai a solução da causa.¹⁵

Destarte, no modelo assimétrico, o método de resolução de conflitos não passa pela busca cooperativa da melhor forma de solucionar o litígio, o contraditório não se coloca como pré-requisito para alcançar a decisão, nesse sistema, a participação dos sujeitos é minimizada e o contraditório cumpre um papel meramente formal.¹⁶

O processo assimétrico é marcado pela busca de rigor científico e a subordinação da Ciência do Direito ao método de estudo das Ciências Exatas:

Se o direito medieval servia-se da dialética, campo do discurso argumentativo e do provável, o direito moderno alcançou mão, para estruturação da ciência jurídica, da lógica apodítica, que trabalha com a demonstração e com a verdade. O direito deixa de ser um problema que o jurista tem de resolver, trabalhando em um esquema sujeito- sujeito para se um objeto que o operador do direito tem de conhecer, compreendido numa relação sujeito-objeto: passa-se de uma racionalidade prática à racionalidade teórica, notadamente na sua expressão de positivismo jurídico, ocorrendo uma verdadeira geometrização do jurídico, já que o

¹⁴ MITIDIERO, 2009, p. 79.

¹⁵ Como afirma Humberto Ávila: “É preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a crendice de que a função do interprete é meramente descrever significados em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pelas conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento no caso concreto.” (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 34).

¹⁶ “Todo o processo era pensado de modo a possibilitar a observância do direito estatal, sendo o juiz superpartes o centro do processo, apoucando-se o papel das partes na definição do jurídico com o contraditório fraco, formal e estático. Toda a estrutura do processo refletia o intento de fazer observar tão-somente a própria normatividade estatal, convertendo-se a “pessoa” em “sujeito” do direito.” (MITIDIERO, 2009, p. 90).

protótipo do conhecimento, dentro desse peculiar ambiente, passa a ser a matemática¹⁷.

O modelo cooperativo sobreveio da renovação da lógica jurídica, conjugado com a necessidade de repensar o contraditório e o papel das partes, no processo colaborativo se reconhece a relevância da atuação das partes para o desenvolvimento fértil do inter procedimental e o alcance da justa composição. Nessa linha: “o processo vai dominado pelos valores em justiça, participação leal, segurança e efetividade”.¹⁸

Consoante afirma Dierle Nunes:

(...) uma das chaves mestras dessa releitura do sistema processual passa pela percepção da importância da participação, ou melhor, da coparticipação 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.¹⁹

O artigo 7º, 1 do Código de Processo Civil Português²⁰ que tem como correspondente o artigo 266 - A do Código de 1961 consagra esse novo modelo de direito processual cooperativo, no qual o processo é assumidamente democrático, assegurando-se aos sujeitos processuais igual grau de participação na busca pela resolução do conflito.²¹

A previsão do princípio da cooperação colocou o direito processual português na vanguarda das codificações, sendo uma das fontes da qual, inequivocamente, foi retirada inspiração o novo Código de Processo Civil brasileiro, ao prever no artigo 6º

¹⁷ MITIDIERO, op.cit., p. 84

¹⁸ MITIDIERO, 2009, p. 47

¹⁹ NUNES, Dierle. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 198.

²⁰ Art. 7.º - 1 Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio (PORTUGAL, 2013).

²¹ “No entanto não há paridade no momento da decisão; as partes não decidem com o juiz; trata-se de função que lhe é exclusiva. Pode-se dizer que a decisão judicial é fruto da atividade processual em cooperação, é resultado das discussões travadas ao longo de todo o arco do procedimento; a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão é manifestação do poder, que é exclusivo do órgão jurisdicional, e não pode ser minimizado.” (DIDIER JR, Fredie. **Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p.48-49).

que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

O princípio da cooperação positivado na legislação processual reflete o regime democrático de direito, que exige a participação em cooperação de todos aqueles que possam ser afetados pelo exercício de determinado poder do Estado, que só mediante esse exercício antiautoritário poderá ser considerado como legítimo.

Nos processos jurisdicionais, a cooperação é verificada com a participação das partes e terceiros, que devem contribuir para a solução da causa.

De acordo com Fredie Didier o processo cooperativo preenche o conteúdo pós-moderno do devido processo legal, em suas palavras:

Sucedem que esse conteúdo mínimo do devido processo legal, construído após séculos de aplicação da cláusula, não é suficiente para a solução dos problemas contemporâneos. (...) O processo devido (equitativo) é obra eternamente em progresso. (...) A estrutura de um processo leal e cooperativo parece ser uma nova etapa na concretização do conteúdo do devido processo legal.²²

Diante de todo o exposto, o princípio da cooperação é o que imprime a dinâmica do modelo de processo adotado no Novo Código, sem dúvida é o que norteia e organiza o procedimento e estabelece o ritmo da divisão de trabalhos aos partícipes do processo.²³

²² DIDIER Jr, 2010, p. 77-79.

²³ “O princípio da colaboração, que imputa ao juiz os deveres de diálogo, esclarecimento, prevenção e auxílio para com as partes, na busca de um processo justo, exerce, como já visto, forte influência na admissibilidade da prova. É que, sendo o princípio da colaboração uma norma fundamental, deve necessariamente, ser observada em todas as etapas do processo, incluindo a da admissibilidade da prova, que deverá se dar sempre com a indispensável observância do contraditório. Até mesmo porque não há Estado Constitucional, que é Estado de direito qualificado pela forma constitucional e pelos direitos fundamentais, sem direito à participação no processo” (LANES; Júlio Cesar Goulart; POZZATTI, Fabrício Costa. O juiz como o único destinatário da prova (?). In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Felix; FERREIRA, William Santos (coords.) Direito Probatório. Salvador: Juspodvim, 2015. p. 99).

1.2 DA RÍGIDA LEGALIDADE DAS FORMAS À FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL

O procedimento é o modo como se desenvolve o processo, a forma pela qual se opera a concatenação dos atos e seus trâmites. O processo, por sua vez, é um mecanismo de atuação da jurisdição, conforme se extrai da doutrina:

Enquanto o processo é um instrumento de atuação da jurisdição, para o exercício do direito de ação e de defesa, como regra, de inúmeros atos processuais que o levam do pedido inicial ao final provimento, o procedimento é o modo, a maneira como estes diversos atos processuais se combinam em contraditório (sua ordem, forma prazo e tempo), algo que é determinado pela lei ou por circunstâncias ligadas às pessoas ou a causa.²⁴

Os sistemas processuais podem ser classificados de acordo com o grau de flexibilidade na aplicação das normas procedimentais. Com base nesse critério, dois sistemas são considerados: sistema da legalidade das formas procedimentais e sistema da liberdade de formas.

No sistema de legalidade das formas, o trâmite procedimental é amplamente delimitado pelo legislador, subsiste ínfima margem para mudanças do rito pré-estabelecido por lei.²⁵

De outra banda, no sistema de liberdade das formas os partícipes do processo podem deliberar sobre o rito a ser cumprido para a solução da causa, surgindo possibilidade de adaptação da forma e do conteúdo dos atos.

Em tese de doutorado, Fernando Gajardoni pontua a diferenciação entre os dois sistemas:

No primeiro sistema, o lugar em que cada ato processual tem cabimento se encontra rigidamente pré-estabelecido em lei, podendo o desrespeito à prescrição legal implicar invalidade do próprio ato processual, do seu

²⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. 2007. 285 fl. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 49-50.

conjunto (do procedimento todo), ou do resultado do processo (da sentença).

Este sistema tem por grande mérito a previsibilidade e a segurança que ofertam ao jurisdicionado, ciente da maneira como se desenvolverá o processo do início ao fim.

Mas é burocrático e em muitas ocasiões implica a prática de atos processuais desnecessários ou inadequados à efetiva tutela dos direitos.

Já no segundo sistema não há uma ordem legal pré-estabelecida para a prática dos atos processuais, competindo aos sujeitos do processo (ora às partes, ora ao juiz) determinar a cada momento qual o ato processual a ser praticado.

O sistema de liberdade de forma do procedimento permite um encaminhamento mais célere ao feito, já que possível a eliminação dos atos desnecessários do *iter*, bem como sua adequação à efetiva tutela do direito material. Gera, todavia, suposta insegurança, visto que as partes podem ser surpreendidas por decisões surpresas e exigências formais desarrazoadas. Além disso, aduz-se que o juiz pode, conscientemente ou não, ceder a influências prejudiciais ao interesse de uma das partes, manipulando o procedimento em desfavor da igualdade.

Não há sistemas totalmente puros, embora seja manifesta a preferência pelo primeiro deles e a preponderância das regras legais sobre o procedimento.²⁶

O Código de 1973 era filiado ao sistema de legalidade das formas, o regime era o de flexibilização legal, no qual há a incidência de tramitações procedimentais alternativas já delineadas pelo legislador.²⁷

Diversamente da regra vigente no Ordenamento Jurídico Pátrio, em Portugal, o princípio da adequação foi positivado com o Decreto n.º 180/1996, que alterou o Código de Processo Civil, incluindo o artigo 265 – A. Atualmente, com a nova codificação a adequação procedimental é prevista no artigo 547 do CPC/2013,²⁸ de acordo com a regra, o juiz está autorizado a, genericamente, calibrar o rito conforme as particularidades da causa (flexibilização legal genérica).

Convém ressaltar, ainda, a gestão procedimental prevista no modelo de processo civil da Inglaterra:

²⁶ GAJARDONI, 2007, p. 95.

²⁷ São exemplos da flexibilização procedimental legal previstas no CPC de 1973 as previsões contidas nos artigos: 330, 331, § 3o, 527, II; 557 e 557-A, todos do CPC/1973.

²⁸ Art. 547 - O juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo. (PORTUGAL. **Lei n.º 41/2013, de 26 de junho de 2013**. Código de Processo Civil. 2013. Disponível em: <
http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_assunto_diploma.php?buscajur=coopera%E7%E3o&artigo_id=&pagina=1&ficha=1&nid=1959&tabela=leis&diplomas=&artigos=&so_miolo=>. Acesso em: 24 Jul. 2017)

Em 1999, na Inglaterra, foi elaborado pelo magistrado Lord Woolf o código de processo civil denominado Rules of Civil Procedure, o qual introduziu significativas mudanças no ordenamento jurídico. Com sua promulgação foram concedidos inúmeros poderes aos juízes (active case management), autorizando a regular direção do litígio pelo julgador a fim de alcançar a justiça substancial. A gestão ativa do direito inglês no Civil Procedure Rules é apresentada da seguinte maneira: 1,4 (1) O tribunal deve promover ativamente o objetivo primordial da gestão dos casos. (2) Gestão ativa de casos inclui – (a) incentivar as partes a cooperar uns com os outros na condução do processo; (b) identificar os problemas numa fase inicial; (c) decidir rapidamente as questões que precisam de completa investigação e julgamento e descartar sumariamente as outras; (d) decidir a ordem em que as questões devem ser resolvidas; (e) incentivar as partes a utilizar procedimento alternativo de resolução de litígios (GL) se o tribunal considerar ser apropriado, devendo ser facilitado o uso de tal procedimento; (f) ajudar as partes para resolver a totalidade ou parte do processo; (g) fixar prazos ou controlar o progresso do processo; (h) considerar se os prováveis benefícios de tomar uma determinada etapa justificam o custo de tomá-la; (i) lidar com muitos aspectos do caso na mesma ocasião; (j) lidar com o caso sem que as partes necessitem de comparecer no tribunal; (k) fazer uso da tecnologia, e (l) dar diretrizes para garantir que o julgamento de um caso proceda de forma rápida e eficiente.¹⁴⁶ (tradução nossa). Verifica-se claramente com a leitura do artigo do vigente Civil Procedure Rules inglês a grande preocupação do legislador de impor solução efetiva ao conflito posto para julgamento. Deve-se, em suma, incentivar a cooperação, identificar problemas iniciais (assim como as condições da ação do direito brasileiro) e flexibilidade no procedimento, visando à solução para garantir o julgamento rápido e eficiente.²⁹

A outorga dada pelas codificações modernas ao juiz para direcionar o procedimento é compreendida pela necessidade de alcançar a eficaz solução do litígio, permitindo que o juiz tenha condições de moldar o procedimento mais adequado ao contexto do caso concreto.

A aplicação do direito não é comparável a uma fórmula matemática, a tutela jurisdicional é complexa e cercada de singularidades que requerem do intérprete e aplicador um método de trabalho diverso da racionalidade teórica, pois ao aplicar o direito, o julgador concretiza as normas. O procedimento padrão, portanto, não é servível para todas as modalidades de tutela, por isso necessária para a abertura do procedimento para adequação pelo intérprete no caso concreto.

Os avanços da sociedade justificam a relevância atribuída à busca do processo eficiente no aspecto material e temporal, com esse escopo é salutar que o procedimento tenha o ritmo necessário à tutela dos direitos.

²⁹ FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **A prova no processo civil**: principais inovações e aspectos contraditórios. São Paulo: Boreal Editora, 2016, p. 65.

Conquanto as tendências de maleabilidade das regras de procedimento terem ganhado algum espaço, mesmo na vigência do Código de 1973, é com o novo diploma legal que a flexibilização das normas procedimentais ganha substância. O modelo de processo cooperativo, que remete a ideia de divisão de trabalhos e busca pela solução da causa em ambiente democrático, propicia a orientação de menor apego às formalidades procedimentais, dando enfoque na efetividade do processo e a primazia do julgamento do mérito com a superação do rigor formal.

O procedimento não pode ser sinônimo de letargia, de meio ineficiente para alcançar o bem da vida pretendido pela parte. O procedimento como suporte fático do processo, por meio do qual se desenvolve a jurisdição, deve permitir que os litigantes, em contraditório, possam ser servidos dos mecanismos apropriados para a tutela dos direitos.

Nesse diapasão, no anteprojeto do CPC/2015 se pretendia adotar o modelo de flexibilização legal genérica, semelhante ao estabelecido em Portugal, confiando ao juiz um poder geral de adaptação. O art. 107, V, do anteprojeto estipulava que cabia ao juiz “adequar as fases e os atos processuais às especificações do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico, respeitando sempre o contraditório e a ampla defesa”³⁰.

Nesse mesmo sentido, o art. 151, § 1º dispunha que quando o procedimento ou os atos a serem realizados se revelarem inadequados às peculiaridades da causa, deverá o juiz, ouvidas as partes e observados o contraditório e a ampla defesa, promover o necessário ajuste”³¹.

Todavia, no decorrer do processo legislativo, a flexibilização procedimental genérica foi repensada, o que resultou em limitação desta, tal como aprovado no art. 139, inciso VI do CPC/2015, em duas hipóteses: o aumento de prazos e a inversão da produção dos meios de prova.

³⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil** : anteprojeto. Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010.

³¹ Ibid., 2010.

Para compensar a ausência de cláusula aberta para a flexibilização, no artigo 190, o Código regulamentou uma cláusula geral de negócio jurídico processual, o que resultou na adoção do regime de flexibilização voluntária do procedimento.

Nesse diapasão, as partes plenamente capazes, nas causas que versem sobre direitos que permitam autocomposição possuem a faculdade de estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às particularidades da causa, da mesma forma que convencionar sobre os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou no curso do processo. O art. 190 do CPC/2015 “é a norma de habilitação que atua empoderando as partes, autorizando que sua vontade convencional seja fonte de juridicidade”.³²

As relações jurídicas e pretensões deduzidas, em juízo, são dotadas de alto grau de sofisticação e complexidade, o que exige regras procedimentais que possam convergir para a solução eficiente e justa da causa. Por tais razões, o legislador atribui para as partes ampla margem de negociação das regras procedimentais.

A mudança de paradigma se justifica por muitas razões, advém da constatação de que muitas das pretensões, que se acumulam no Poder Judiciário todos os dias não requerem o curso do procedimento comum estabelecido na lei processual, com isso se percebe que as regras procedimentais devem ser maleáveis, de forma que o juiz e as partes possam estabelecer o inter procedimental mais adequado para as necessidades da solução da causa.

O ideal seria que cada tipo de relação jurídica fosse atendida por um procedimento que melhor se adequasse à modalidade de tutela pretendida, isso porque um processo comum não é capaz de suprir as demandas específicas da natureza de cada pretensão.

Entretanto, considerando que o legislador infraconstitucional não é capaz de acompanhar, com plenitude, a evolução das relações sociais, nem sequer seria capaz de prever o arcabouço de possibilidades de ritos especiais mais apropriados para um sem número de relações jurídicas, a flexibilização do procedimento parece

³² CABRAL, Antonio do Passo. **Convencções Processuais**. Salvador, Ed. JusPodivm, 2016, p. 80.

ser o escape para que seja extraído do procedimento o necessário em face da tutela do direito, sem excessos ou deficiências.

Fernando Gajardoni elenca os requisitos mínimos que devem ser assegurados para a validade da flexibilização procedimental: finalidade, contraditório útil e motivação. Somente diante da presença de tais requisitos estaria o juízo autorizado a balizar as regras procedimentais.

De início se impõe a necessidade de que a flexibilização procedimental seja útil e adequada para a solução do conflito. Nesse sentido, exige-se a apresentação de que a providência será construtiva para o julgamento da causa, demonstrando assim a coerência da pretensão com a finalidade almejada. “Toda vez que o instrumento predisposto pelo sistema não for apto à tutela eficaz do direito reclamado, possível a variação ritual.”³³

De outro giro, é necessário que a relativização do procedimento seja submetida desde a tomada da decisão até a execução em ambiente democrático de contraditório efetivo. Não se podem oferecer aos litigantes menos direitos fundamentais processuais do que o procedimento formal, previsto em lei, estaria disposto a oferecer.

Outrossim, a decisão pela flexibilização procedimental deve ser adequadamente motivada, o que permitirá aos litigantes extrair os exatos fundamentos da decisão, quando a flexibilidade for determinada pelo juízo.

Os requisitos defendidos por Gajardoni, sem os quais não seria possível ajustar o procedimento, propiciam refletir sobre a principal vantagem que o sistema rígido é capaz de oferecer aos litigantes, a segurança jurídica, previsibilidade quanto à sequência de atos que serão praticados.

Diante disso, os pressupostos para flexibilização visam assegurar a não surpresa sobre as modificações do procedimento, a participação dos atores do processo e a justa causa para a modificação do procedimento.

³³ GAJARDONI, 2007, p. 104.

O CPC/2015 traz uma série de importantes inovações relativas ao direito probatório, dentre estas a possibilidade de o juiz alterar a regra geral do ônus da prova mediante o sistema excepcional das cargas dinâmicas, flexibilização do procedimento, extirpação do livre convencimento motivado e o procedimento autônomo de produção antecipada de provas.

Com efeito, é no âmbito de relevância da vontade das partes, abertura do sistema para a ampla flexibilidade do procedimento e na concepção do processo como busca cooperante pela solução do litígio que é previsto o instituto da produção antecipada de provas.

O direito de ter a prova produzida antes do momento oportuno, no âmbito do processo destinado em declaração do direito corresponde a uma medida legal de flexibilização procedimental. O legislador estabelece a hipótese legal de cabimento, ficando a critério das partes a adoção da via procedimental.

Em última análise, permitir que a parte obtenha a medida de instrução antecipada significa afirmar que o procedimento comum, que fixa o momento da produção da prova na fase de conhecimento, não se adéqua para a tutela de direitos, que por sua natureza dependem do esclarecimento de fatos que precisam ser evidenciados antes mesmo do ajuizamento da ação: seja para desestimular o ajuizamento de demandas infundadas ou manifestamente improcedentes, seja para que o prévio conhecimento dos fatos conduza os pretensos sujeitos processuais a buscar a solução do conflito por meios alternativos.

Esta sucinta exposição das codificações e modelos de processo nos permite considerar que a ação probatória germinou em terreno e momento adequados. O modelo cooperativo aliado a flexibilização de procedimento são pressupostos para a autonomia do direito à prova.

2 DIREITO AUTÔNOMO À PROVA

As alterações registradas no direito processual civil brasileiro espelharam o propósito de abandonar a preocupação exclusiva com conceitos e formas, passando ao paradigma de dedicação em busca de mecanismos destinados a conferir à tutela jurisdicional o grau de efetividade, que desta se espera.³⁴

Nessa linha, convém citar o entendimento doutrinário acerca da tutela jurisdicional adequada e efetiva:

Constitui processo capaz de prestar tutela jurisdicional adequada e efetiva, em que as partes participam em pé de igualdade e com paridade de armas, em contraditório, com ampla defesa, com direito à prova, perante juiz natural, em que todos os seus pronunciamentos são previsíveis, confiáveis e motivados em procedimento público, com duração razoável e, sendo o caso, com direito à assistência jurídica e formação de coisa julgada.³⁵

O Novo Código aderiu ao posicionamento segundo o qual, a produção antecipada de prova deve ser assegurada aos litigantes, não somente nos casos em que se combate o risco de prejuízo para a instrução de processo atual ou iminente, mas também quando a parte age em busca de conhecimento de fatos que possam esclarecer a conveniência de não demandar ou de obter composição extrajudicial para controvérsia.³⁶

O Código de 1973 disciplinava três espécies de ações probatórias autônomas: a ação de exibição de documento, que era concebida como ação cautelar; a produção antecipada de provas, com base na urgência e se restringia a prova oral e pericial e, por fim, a justificação destinada à produção da prova testemunhal, sem necessidade de comprovação de urgência.

³⁴ “Estudar processo, sem comprometê-lo com sua finalidade institucional, representa obra especulativa, divorciada dos grandes valores e interesses que à ordem jurídica compete preservar e realizar. O resultado esperado da técnica processual há de se operar no campo das relações jurídicas substanciais. É na produção desses resultados, em nível satisfatório, que se poderá definir a maior ou menor efetividade do processo” (THEODORO JR, Humberto, 2015).

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme.; MITIDIERO, Daniel.; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Ed RT, 2014, p. 707.

A antecipação de provas era regulamentada nos artigos 846 e 851 do Código de Processo Civil de 1973, no Livro III, que disciplinava os procedimentos cautelares.³⁷ Entretanto, mesmo diante da localização do instituto no diploma legal, existia divergência sobre a natureza cautelar³⁸ desta produção.³⁹

De acordo com Marinoni e Arenhart, o procedimento cautelar pressupõe a salvaguarda de uma tutela de direito material, a produção antecipada de provas em que, presente o requisito da urgência, seria desprovida de tal característica, limitando-se ao intuito de preservação da prova, somente:

Esse perigo da demora poderia gerar a impressão de que a medida teria natureza cautelar. Todavia, ainda que seja verdade que a admissão da asseguaração da prova esteja condicionada ao *periculum in mora*, essa urgência não faz com que a medida assuma natureza cautelar, porque não há situação jurídica tutelável por ela protegida, nem visa ela proteger a tutela adequada de qualquer direito [...] a asseguaração de prova não se destina à proteção de qualquer direito material, mas apenas à garantia da eficácia dos direitos de ação e defesa, ostentados pelas partes.⁴⁰

Divergindo desse entendimento, Daniel Amorim Assumpção Neves considera que o perigo da demora na produção antecipada de provas reside na inutilidade do resultado profícuo da tutela do direito material no processo principal:

³⁷ “No novo CPC foi excluído o livro relativo ao processo cautelar, assim como todas as ações cautelares nominadas, consagrando-se a tendência doutrinária em não enxergar na tutela cautelar um terceiro gênero de tutela definitiva (assim como as tutelas cognitivas e executivas), mas sim como tutela provisória, ao tempo em que se confere ao juiz poderes para adequar o procedimento a cada situação específica de direito material. A tutela cautelar foi colocada, ao lado da tutela antecipada (satisfativa), como espécie de tutela de urgência, sendo esta última, assim como a tutela de evidência, espécie de tutela provisória.” (CALDAS, Adriano Ribeiro; JOBIM, Marco Felix. A produção antecipada de prova e o novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Felix; FERREIRA, William Santos (coords.). **Direito probatório**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 449-464)

³⁸ “Fundada no perigo da perda da prova de um fato, já arguido na ação principal ou a ser arguido na ação principal a ser proposta ou a ser possivelmente proposta, perda decorrente da demora do momento adequado à sua produção na ação principal, o interessado prova manifesta, por via da cautelar, a pretensão à sua segurança, que consiste na sua pronta produção. Em outras palavras, em vista do perigo de perda da prova do fato em razão da demora em que teria de ser feita na ação principal – *periculum in mora* – o interessado propõe ação cautelar com o pedido de que se ordene determinada providência de instrução que conserve a sua prova.” (SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 327).

³⁹ “A visão que parece mais apropriada, entretanto, é no sentido de que ambas as medidas produção antecipada de provas e justificação não são propriamente cautelares e não pressupõem, necessariamente, a demonstração do perigo da demora (urgência) para serem admissíveis. São, pois, satisfativas do chamado direito autônomo à prova, direito este que se realiza com a coleta da prova em típico procedimento de jurisdição voluntária.” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 218, p. 13-45, abr. 2013)

⁴⁰ MARINONI, Luis Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo cautelar**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 257-258.

A garantia do resultado favorável seria, portanto, os resultados finais da tutela, passando pela preservação da prova, que, uma vez produzida, permitiria tal resultado, condição imprescindível para que haja efetividade e utilidade. Matematicamente, poderia ser assim explicado o pensamento por meio de uma fórmula: cautelar probatória = produção de prova = conhecimento do juiz da verdade dos fatos e provável resultado positivo = possibilidade de efetividade do resultado final. É justamente por esse entendimento que a cautelar probatória terá uma instrumentalidade ao cubo, porque essa ação garante a prova, que é instrumento de convencimento do juiz, que garante o resultado positivo do processo e que, por fim, torna possível a efetividade e a eficácia desse resultado. [...] evidentemente, pensando de forma hipotética.⁴¹

Seguindo o entendimento empossado, o perigo da demora na produção antecipada de provas possui concepção mais ampla, residindo na impossibilidade de obtenção do resultado favorável do processo e não sob a perspectiva do perecimento da prova, assim para o processualista toda a prova produzida, de forma antecipada, possuiria natureza cautelar, na medida em que a produção desta tem como objetivo assegurar o resultado útil ao processo.

Nessa esteira, em que pese a divergência sobre a natureza cautelar da produção antecipada de provas, sob a égide do Código de 1973, de forma majoritária entendia-se que a antecipação da prova se restringia às hipóteses de urgência, seja em relação à possibilidade de deterioração da prova ou pelo risco de inutilidade do processo principal, pela ausência da prova. Portanto, não se encarava a prova como um fim em si mesmo.

O Código anterior não se distanciava das legislações estrangeiras que, de um modo geral, condicionam a produção antecipada ao risco ou impossibilidade de fazê-lo no momento processual adequado. Entre essas leis pode-se citar o Código de Processo Civil Português⁴² e a *Ley de Enjuiciamiento Civil* da Espanha.⁴³

⁴¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações probatórias autônomas**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 39.

⁴² Em seu Código de Processo Civil anotado, José Lebre de Freitas: “Tal como os procedimentos cautelares, a produção antecipada de prova tem como requisito o *periculum in mora* consistente no risco de desaparecer ou se tornar muito difícil a produção de certa prova, antes do momento normal em que ela seria produzida” (FREITAS, 2001, p. 414-415).

⁴³ “Quando há grave perigo de que uma prova não possa ser produzida se ela está sujeita às disposições temporárias comuns, as legislações mais avançadas oferecem garantia para a produção da prova, isto é, a adoção de medidas para sua produção no momento anterior ao

Ainda, sob a vigência do Código revogado, parcela minoritária da doutrina passou a defender a possibilidade de serem admitidas as ações probatórias autônomas sem a necessidade de comprovação de perigo de dano e urgência em relação à instrução pretendida. Nessa abordagem, a prova teria, também, o fim de esclarecimento dos fatos para as partes, sendo vista como instrumento adequado à formação da convicção em relação à própria situação jurídica.

Militavam na defesa do direito autônomo à prova, exercitável em determinadas circunstâncias, doutrinadores como Flávio Luiz Yarshell e Daniel Amorim Assumpção Neves, que serão exaustivamente citados ao longo deste trabalho.⁴⁴

O Código de Processo Civil de 2015 regula a produção antecipada de provas no artigo 381, em que as hipóteses de cabimento da antecipação são enunciadas nos incisos I, II e III, abaixo transcritos:

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.⁴⁵

Da exegese do dispositivo legal é possível extrair que a previsão contida, no inciso I, pressupõe a demonstração do perigo da demora, sendo medida de natureza cautelar, voltada à preservação da prova, que se veja sob ameaça, caso a produção desta seja relegada para momento futuro. Neste contexto, o Novo Código reproduz o que já era previsto na legislação revogada.⁴⁶

previsto para a prática processual e até mesmo antes do início do processo.” (OLIVA SANTOS, Andrés de la; Díez-Picazo Giménez, Ignacio; Vegas Torres, Jaime. **Derecho procesal. Introducción**. 2. ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2002. p. 309, tradução nossa).

⁴⁴ Encampando a tese de autonomia do direito à prova (DIDIER JR.; BRAGA, 2013).

⁴⁵ BRASIL, 2015.

⁴⁶ 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. 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 (BRASIL, 1973).

De modo diverso, as hipóteses dos incisos II e III contemplam a posituação do direito autônomo à prova, com esta previsão o legislador unificou a produção antecipada de provas e a justificação, em um único procedimento, por meio do qual é possível pleitear a produção de qualquer prova, sem demonstração de urgência.

Com a antecipação de provas, a parte alcançará somente a certificação de que a prova pretendida se desenvolveu, de forma regular, não havendo valoração da prova nesse momento.

Passa-se a decomposição do objeto de estudo em busca da delimitação conceitual, antecedentes históricos e experiências no direito estrangeiro.

2.1 PRÉ-CONSTITUIÇÃO DE PROVA

A norma jurídica é um comando abstrato, em que a atuação concreta se perfaz, quando um fato da vida se mostra adequado para sua incidência.

Assim, a norma pode ser representada, em nível formal, pelo esquema: Se A deve ser B. Se fato, deve ser a consequência jurídica. Se for verificado um fato - o que se faz através de suporte probatório – *deve ser* uma determinada consequência. Daí se dizer que o direito se origina de fatos, pois a norma jurídica, tratada isoladamente dos fatos, não incide.

O julgamento consiste, em última análise, na atividade na qual o juiz: - de um lado realiza juízos de fato (averiguação dos fatos que ocorreram); - de outro lado, desenvolve juízos de direito (delimitação das consequências jurídicas dos fatos constatados). Por tais razões, o direito probatório é uma etapa fundamental do exercício da função jurisdicional. “[...] Na equação do problema jurídico, o dado de direito é, evidentemente, de grande importância, mas relevância superlativa tem o dado fático”.⁴⁷

O vocábulo prova é proveniente do latim *probatio*, etimologicamente significa “[...] ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação, confirmação, e

⁴⁷ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Perfil, 2005, p. 72.

deriva do verbo *probare* (*probo, as, are*) – provar, ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar”.⁴⁸

A palavra é polissêmica e, mesmo na linguagem técnico-jurídica, o termo tem sido utilizado com a acepção de produção dos atos com os quais se afirma a verdade dos fatos, como meio de prova considerada em si mesmo e, ainda, como resultado da instrução probatória.⁴⁹

Tradicionalmente, como considera Antônio Magalhaes Gomes Filho,⁵⁰ os meios de prova são concebidos como instrumentos, pelos quais os dados probatórios são introduzidos no processo. Portanto, é uma atividade endoprocessual, que se desenvolve perante o juízo com participação das partes.

A produção de provas destina-se, portanto, a uma decisão justificada quanto à matéria de fato controvertida, ao ser produzida no processo, destinando-se a declaração do direito.

Da doutrina de Cândido Dinamarco se extrai o conceito de fontes e meios de provas, como sendo:

[...] elementos externos ao processo e possivelmente existentes até antes dele, sendo representadas por pessoas ou coisas das quais se possam extrair informes úteis ao julgamento; e meios de prova como sendo as técnicas destinadas a atuar sobre as fontes e delas efetivamente extrair o conhecimento dos fatos relevantes para causa.⁵¹

⁴⁸ SANTOS, 1983, p. 1.

⁴⁹ Prova é, então, utilizada em diversos sentidos: i) ação de provar (*actus probandi*) – atitudes das partes ou de quem participa do processo para demonstrar a correção de determinada afirmativa fática, quando o autor ou o réu juntam um documento ou quando o próprio juiz utilizando-se dos seus deveres-poderes instrutórios determina a utilização de uma prova; ii) meio de prova – é o caráter objetivo da prova, a forma pela qual “provas” são produzidas; meios de prova são os instrumentos utilizados para a solução das questões fáticas: provas pericial, testemunhal, documental etc.; iii) resultado – é o caráter subjetivo da prova, o esclarecimento da questão fática, o resultado, confirmado pelo convencimento do juiz acerca da ocorrência ou inoocorrência de determinado fato (FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 54).

⁵⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio. Luiz.; MORAES, Mauricio Zanoide de (coords.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo, DPJ, 2005, p. 308-309.

⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 48.

Partindo do conceito doutrinário, meios de prova consistem na forma com que ocorre e se extraem o conhecimento dos fatos, mecanismo que possibilita que os elementos de informação sejam transpostos para o processo. Diante do conceito de meios de prova vincula-se a atividade de produção de provas ao processo judicial.

Todavia, para o estudo que aqui se propõe, meios de prova também são entendidos como os canais de informação de que se servem os interessados, quando a produção de prova ocorra fora do processo cujo objeto é a declaração do direito.

Nessa concepção, as partes teriam acesso não somente às fontes de prova, mas também aos meios de prova, que permitem que estas estabeleçam o próprio convencimento sobre a matéria fática:

A proposta terminológica aqui formulada harmoniza-se com a distinção tradicionalmente feita entre elemento de prova e resultado da prova. O primeiro – expresso pela terminologia inglesa *evidence* – designa elementos objetivos que confirmam ou que negam a afirmação de determinados fatos; o segundo – que pode ser traduzido na palavra *proof* – indica a conclusão que se extrai dos diversos elementos de prova a partir de uma operação intelectual, isto é, a crença que se passa a ter acerca de uma determinada realidade. O reconhecimento de que meios e produção de prova estão também fora do processo mostra que, da mesma forma, os elementos de prova estão submetidos aos interessados desde logo, como dados objetivos a inferir na formação de seu convencimento. Mais que isso, na perspectiva aqui proposta, o resultado da prova deve ser entendido não apenas como conclusão (elemento subjetivo) a que chega o juiz, mas também como crença que a respeito passam a nutrir os interessados.⁵²

No presente estudo em que é enfatizada a ponderação que as próprias partes podem realizar, a partir dos dados probatórios, não se pode considerar que os elementos se encontram apenas no âmbito judicial. Os meios de prova que permitem, mediante técnicas de atuação sobre as fontes, extrair algum conhecimento sobre os fatos, também são produzidos no âmbito extrajudicial. Desse modo, as lições de Dinamarco se harmonizam com o presente estudo quanto ao conceito de meios de prova, mas não quanto à extensão para além dos limites do processo.

⁵² YARSHELL, Flávio. Luiz. **Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 34.

Em que pese à constatação de que a prova é direito de natureza processual, é possível que a formação ocorra fora de um processo judicial, ou até mesmo fora dos limites do processo, que pretende a declaração do direito material.

Mesmo sem pretender o ajuizamento de uma demanda judicial, as pessoas rotineiramente realizam atos de registro de fatos, seja ao tirar uma foto, ao firmar um recibo de pagamento, ao emitir um e-mail, uma postagem em rede social, ou ao requerer a lavratura de uma ata notarial.⁵³

Nestes casos, em que pese o elemento subjetivo nem sempre estar alinhado com a pretensão de realizar prova em futura demanda, é inegável o potencial desse acervo de registros não apenas como fonte de prova, mas também como meio de prova, que permite que os próprios interessados extraiam conclusões a partir dos elementos citados, diante de uma dada situação jurídica, antes mesmo de ser deduzida em juízo.

A pré-constituição da prova é, portanto, entendida como “[...] atuação dos meios sobre as fontes, antecipação que considera como referência o processo declaratório e, dentro dele, a fase reservada à instrução.”⁵⁴ Assim, reconhece-se que os meios de prova são proporcionados e submetidos aos interessados.

No âmbito da prova testemunhal, a produção fora dos limites do processo é uma tendência em ordenamentos jurídicos estrangeiros. Em países como Inglaterra, França e Alemanha se admite a produção da prova, que se sujeita posteriormente ao controle e à valoração judicial.⁵⁵

⁵³ Em certo sentido, a ata notarial funciona como prova testemunhal dotada de fé pública. No ato de lavratura da ata o notário realiza a constatação dos fatos ao mesmo tempo em que confere fé pública aos relatos.

⁵⁴ YARSHELL, 2009, p. 40.

⁵⁵ “Para ilustrar, o sistema inglês conhece a figura do *written statement*, abrangente de declarações escritas do perito e de testemunhas propriamente ditas, ficando ao juiz a opção de se contentar com as declarações escritas ou chamar a testemunha a depor. Além disso, referido sistema admite – em alguns casos, exige – *offidavit* como forma de declaração prestada perante um *commissioner for oaths*, embora o *written statement* desfrute da explícita predileção, por razões econômicas, isto é, por não apresentar o custo daquele outro mecanismo. [...] No direito Francês há o instituto da enquête - originalmente tida como interrogatório de testemunha, perante comissários que colhiam as declarações de forma verbal. No direito alemão, aceita-se que o juiz admita declaração feita por escrito (*Schriftliche Beantwortung der Beweisfrage*), ficando a seu

Portanto, as partes realizam atividade de verificação, demonstração e registro de fato, e em todos esses casos pode-se falar em pré-constituição da prova.⁵⁶

A intenção das partes na pré-constituição de provas assenta-se no primado da segurança jurídica, pois naturalmente existe a preocupação do homem médio de se resguardar quanto à prova do direito, que alega possuir.

Sem ignorar a clássica vinculação entre prova e processo judicial, defendida amplamente pela doutrina, na natureza processual das normas de direito à prova, não há como desconsiderar que nas hipóteses, seja ao registrar uma ata notarial, ou até mesmo tirar uma foto, há atividade instrutória, e que dessa atividade se pode extrair conclusões acerca da viabilidade da demanda a ser proposta.

Neste caso, os elementos produzidos resultam, de um modo geral, na correta orientação jurídica sobre o direito, “[...]vista por esse ângulo, a pré-constituição da prova pelos interessados pode e deve ser vista como algo desejável e útil para o sistema”.⁵⁷

As partes possuem o dever ético de produzir o elemento de prova mais adequado, abstendo-se de eventuais fraudes ou abusos, e de apresentar em juízo as provas pré-constituídas, que demonstrem a veracidade das alegações.

Nesse contexto, em que pese a atuação das próprias partes ser determinante no registro de fatos, quando necessário e adequado, especialmente, para conferir legitimidade à prova, far-se-á necessária a atuação estatal, resultando na produção da prova em juízo.

critério o comparecimento em audiência, levando-se em conta a pessoa da testemunha e o tema da prova” (YARSHELL, 2009, p. 31-32).

⁵⁶ Nas hipóteses em que a lei material exige a forma escrita – e, eventualmente o escrito público – como validade de negócios jurídicos, ainda que se faça a necessária distinção entre forma dos atos e prova, não há como negar que aí existe pré-constituição de prova. Mais que isso, a formação de documentos – que não abrangem apenas os escritos, mas tudo quanto comporte registro em dada base material – pode ser feita de forma preventiva e, não raro, mediante voluntário recurso à forma pública possivelmente associada pelo interessado à crença (fundada ou não) de que a participação de um agente público possa revestir o ato de maior certeza, credibilidade e, portanto, eficácia probatória (YARSHELL, 2009, p. 28-29).

⁵⁷ YARSHELL, 2009, p. 43.

A necessidade de produção de prova, no âmbito judicial, está atrelada à ideia da melhor prova, da produção segundo as normas procedimentais e no dever das partes de não produzir provas ilícitas.

Isso porque na pré-constituição da prova extrajudicial, o interessado pode incorrer em ilegalidades, como exemplo, instalação de escuta telefônica ou violação de correspondência, implicando em ofensa ao sigilo da privacidade e intimidade. Por essa razão, a instrução probatória não judicializada, empreendida pelas partes não retira a importância da pré-constituição do âmbito do processo.

Nesse contexto, a produção antecipada no âmbito judicial ganha contornos relevantes para legitimar a produção e introduzir a prova no contexto do contraditório. Especialmente, considerando que o direito à prova “[...] nada mais é do que uma resultante do contraditório, [...] na relação entre contraditório e prova, aquele emerge como verdadeira condição de eficácia desta”.⁵⁸

Com a fixação do conceito de prova pré-constituída e do protagonismo que as partes possuem, antes da propositura da ação no registro de fatos, passa-se a tratar dos pressupostos lógicos, que envolvem o direito autônomo à prova nos moldes propostos.

2.1.1 As partes como destinatários da prova

A produção antecipada de provas, nos termos aqui preconizados, pressupõe a suplantação da concepção de prova, como sendo, exclusivamente, destinada à formação e o convencimento do juiz, passando ao paradigma de que a prova é instrumento adequado à formação da convicção das partes, também.

⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios processuais fora do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 147, p. 307-330, mai. 2007.

A prova não tem como finalidade somente o convencimento do juiz⁵⁹, o resultado da atividade instrutória permite que as partes possam decidir sobre as condutas, que irão adotar no processo ou mesmo fora deste.⁶⁰

Nesse aspecto, o enunciado nº 50 do Fórum Permanente de Processualistas Civis considera que: “os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir, eficazmente, na convicção do juiz.”⁶¹

De acordo com a visão tradicional, alegar e não provar seria o equivalente a não alegar.

O diploma processual prevê abstratamente a quem incumbe o ônus da prova.⁶² Entretanto, o legislador autoriza que sejam alteradas as regras por convenção das partes ou, em determinadas circunstâncias, por iniciativa do juiz.

⁵⁹ Em sentido diverso: “[...] Sendo a prova o modo pelo qual o juiz passa a ter conhecimento dos fatos que envolvem a relação jurídica posta à apreciação da jurisdição, é de todo evidente que o interesse em provar está intimamente ligado ao interesse de dirigir ao juiz a prova, pois é a este que cabe definir a solução jurídica adequada, a partir do convencimento que tiver dos fatos. Por isso, toda a atividade probatória no curso do processo deve ser direcionada ao juiz, que é o destinatário da prova, independentemente da opinião que a parte contrária possa ter acerca dos fatos. Claro que o cumprimento espontâneo do comando da norma jurídica pode ocorrer a qualquer momento, inclusive durante o processo. Se alguém, já litigando, se convence da razão de outrem por causa da prova produzida, cumpre-lhe dar fim ao litígio espontaneamente, o que, aliás, não raro acontece. Mas isso é consequência reflexa da prova, pois dentro do processo a prova se destina ao convencimento do juiz, que julgará com base na demonstração da ocorrência dos fatos que as partes proporcionarem através da prova” (WABIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.103).

⁶⁰ “A verdade, ainda que processual, é um objetivo cujo alcance interessa inequivocamente ao processo, sendo, portanto tarefa do juiz e das partes, na medida de seus interesses, perseguir-la” (MITIDIERO, 2009, p. 114).

⁶¹ PORTALPROCESSUAL. **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis**. Vitória: 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 22 Abr. 2017.

⁶² Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

A noção de ônus, que pertence à teoria geral do direito, se contrapõe ao conceito de dever jurídico exatamente por se tratar de comportamento exigido para satisfação de interesse próprio. O ônus da prova é entendido como faculdade⁶³ de demonstrar a veracidade das alegações, das quais se pretende extrair consequências vantajosas.

Nesse sentido, convém transcrever o entendimento doutrinário sobre a norma jurídica, que autoriza a inversão do ônus probatório:

[...] a norma jurídica que autoriza a redistribuição do ônus da prova pelo juiz não se confunde com a norma jurídica que atribui ônus da prova a uma das partes. A segunda é, como se viu, uma norma de julgamento, que serve para que o juiz possa decidir a causa em situações de ausência de prova; a primeira é uma regra que autoriza o órgão julgador a alterar as regras de ônus da prova. Não se pode confundir a regra que se inverte com a regra que autoriza a inversão. A regra que autoriza a distribuição judicial do ônus da prova é regra de procedimento, e não de julgamento.⁶⁴

A perspectiva subjetiva do ônus probatório atua para “[...] dar conhecimento a cada parte de parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato”.⁶⁵

Trata-se de exigência que prestigia a dimensão subjetiva do ônus da prova e, com isso, concretiza o princípio do contraditório, tornando possível que as partes cientes dos encargos promovam a atividade instrutória necessária à comprovação de direitos.

Assim, o ônus probatório se volta para atuação das partes, consoante elucidada José Carlos Barbosa Moreira:

O desejo de obter a vitória cria para a litigante a necessidade, antes de mais nada, de pensar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão,

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo (BRASIL, 2015).

⁶³ “Ônus significa peso e não é por acaso que na lei e na doutrina dos alemães diz-se peso da prova (*beweislast*)” (DINAMARCO, 2005, p. 71).

⁶⁴ DIDIER, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Salvador: Editora juspodvím, 2015, p. 123.

⁶⁵ CARPES, Artur Thompsen. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 52.

e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa.⁶⁶

Flávio Yarshell pontua que na medida em que as partes possuem ônus, em matéria de prova, tais elementos funcionam como critério de segurança e orientação da conduta das partes em juízo e mesmo fora dele:

[...] porque a prova e as regras que a disciplinam – incluindo aquelas sobre a atribuição dos respectivos ônus – são dirigidas essencialmente ao juiz, e não as partes, somente o risco da perda da prova justifica sua produção de forma anterior ao citado momento. É que, atrelando-se o ônus da prova ao julgamento estatal e ao juiz, parece realmente ser mais difícil justificar a produção da prova antes da instauração do processo destinado à declaração do direito (exceto urgência), justamente porque se pensa exclusivamente na relação que existe entre encargo e o julgamento final (inclusive com a possibilidade de aquele ser definido somente por ocasião deste).

Contudo, sem propriamente desconsiderar o aspecto objetivo que o ônus da prova apresenta – e, até pelo contrário, reconhecendo-se a conotação pública que se encerra nessa posição jurídica (que assim não se limita exatamente a um imperativo do interesse exclusivo do próprio litigante) -, parece imprescindível enfatizar, na devida medida, a importância das regras sobre ônus da prova como determinantes da conduta das partes, dentro e fora de juízo.

Assim, a partir de uma perspectiva subjetiva do ônus da prova, conforme se procurou demonstrar, desatrela-se esse encargo do julgamento estatal. Nessa ótica as partes passam a ser vistas como destinatárias das normas que distribuem o ônus da prova, reconhecendo-se que tal atribuição tem decisiva influência sobre o comportamento daquelas, em juízo e mesmo antes dele, dadas as repercussões concretas – de ordem jurídica, econômica e pessoal – que acarretam. Visto o fenômeno sob esse ângulo, percebe-se que a distribuição do ônus da prova tem peso relevante na avaliação de riscos e de chances pelos interessados quanto aos rumos do processo voltado à declaração do direito.⁶⁷

Sendo as partes destinatárias das regras de ônus probatório, a atuação pré-processual já leva em consideração a necessidade de produção de provas das quais dependa a controvérsia. A antecipação de provas atua de forma relevante na formação do convencimento dos interessados em relação às chances de êxito destes em processo futuro. A partir dos elementos de prova, o interessado pode ser desestimulado a demandar, consciente dos encargos probatórios, ou até mesmo ser encorajado diante da robustez dos elementos:

[...] antes ou mesmo durante o processo, a prova produzida, conforme já mencionado, dirige-se também à formação do convencimento das partes a

⁶⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual civil**: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 74-75.

⁶⁷ YARSHELL, 2009, p. 68

propósito de suas chances de êxito, sendo, assim determinante de suas condutas. Portanto, quando menos sob o ângulo dos sujeitos parciais, a consideração de seu ônus de provar é indissociável da valoração que possam fazer acerca das provas produzidas, ou daquelas que projetem possam ainda produzir. As partes só podem avaliar se tais ou quais meios de prova foram – ou melhor ainda, se serão – suficientes para desincumbir dos respectivos ônus se e na medida em que fizerem um juízo de valor acerca daqueles (ainda que, por seu turno, façam-no projetando a valoração que o juiz, ao julgar, faria ou fará).⁶⁸

Nas ações monitorias, como exemplo, têm-se a clara hipótese de que a ausência de uma prova pré-constituída induz o desaconselhamento do ajuizamento da via processual, porquanto depende de prova escrita do crédito sem eficácia de título executivo.

A doutrina menciona, como exemplo, de produção de prova satisfativa e autônoma a hipótese de necessidade de descrever a área passível de futura reivindicação, tal fato compõe a causa de pedir da pretensão à reivindicação o que justifica a produção antecipada.⁶⁹

Nos exemplos citados, o destinatário da prova não é exclusivamente o juízo, uma vez que as partes dependem do meio de prova para balizarem, inclusive, a escolha da via processual.

Com efeito, antevendo o potencial prejuízo pela não produção de provas, os interessados tendem a se cercar de todas as diligências necessárias para tal produção. Os ônus da prova são sopesados na avaliação dos riscos e chances, mesmo antes do ajuizamento de uma demanda.

Ademais, as partes possuem deveres de veracidade e de esclarecimento, o que impõe a responsabilidade de realizar as alegações de fatos em acordo com a verdade, consoante preceitua o artigo 77, inciso I do CPC⁷⁰. Nesse sentido, importante conciliar os ônus probatórios também na perspectiva do dever de veracidade e de esclarecimento.

⁶⁸ Ibid., p. 60.

⁶⁹ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**, volume II (livro eletrônico): parte geral: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

⁷⁰ 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;

De acordo com o Novo Código de Processo Civil, os litigantes são conclamados a cooperar no descobrimento da verdade, nos termos do artigo 357, § 3º,⁷¹ vedando a alteração comissiva ou omissiva da verdade como impõe o artigo 80, inciso II⁷² do mesmo diploma legal citado. Assim, as partes têm o dever de apresentarem, em juízo, uma visão real dos fatos, sendo vigorosamente vedado faltar com a verdade.

De fato, se a lei processual civil impõe o dever de veracidade na condução do processo (artigo 77, I), é natural que não se lhes recuse o acesso ao prévio esclarecimento dos fatos, por meio de prova antecipada, sempre que não dispuserem de elementos suficientes para conhecer e retratar, desde logo e com maior precisão, o suporte fático sobre o qual versará o processo futuro.

Na perspectiva objetiva, o ônus da prova assume caráter de regra de julgamento, sendo destinada ao juízo como orientação do modo a decidir em caso de insuficiência do acervo probatório na elucidação das alegações de fatos. Nesse contexto, as partes que estavam incumbidas do encargo respondem pelo insucesso da instrução.

A circunstância de se chegar ao final da instrução probatória, detectando-se a deficiência do acervo é equivalente à conclusão do procedimento de execução sem que sejam alcançados bens suficientes à satisfação do crédito. Há nítido prejuízo à tutela jurisdicional, o juízo é forçado a julgar a demanda para rechaçar o *non liquet*, se valendo das regras de distribuição de ônus probatório.

A segurança do juiz para julgar questões, que envolvam matérias de fato, está atrelada ao direito à prova. Decisões, em que não haja o esclarecimento da matéria, serão divorciadas, certamente, do escopo jurídico da jurisdição entendido como atuação da vontade perante o direito objetivo no caso concreto.

⁷¹ Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

[...]

§ 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

⁷² Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II - alterar a verdade dos fatos

Nesse sentido, pode-se dizer que não interessa à coletividade que os juízes julguem os processos em um contexto de ignorância acerca dos fatos. Desse modo, é de interesse social que as partes alcancem a prova das alegações, de maneira a serem prolatadas decisões justas e céleres (especialmente, nos casos em que as provas pré-constituídas forem suficientes para o julgamento).

O domínio do ônus probatório como regra de julgamento “[...] começa onde termina o da persuasão racional”.⁷³ A decisão desatrelada do conhecimento necessário para o fato, quando a matéria dependa de instrução, consiste em anomalia jurídica, afetando a legitimidade da decisão e a confiabilidade das pessoas na jurisdição.

Nesse diapasão, o ônus probatório visto sobre ambas as perspectivas revela que as partes são, em última análise, destinatárias dos elementos de prova, pois devem em um primeiro momento atuar para provar os fatos alegados e isso, sob pena de que seja proferida decisão sem o esclarecimento adequado do fato, situação em que o juízo se limita a aplicar a regra de julgamento, em prejuízo de uma decisão baseada em critérios de justiça.

Embora, atualmente, a litigiosidade seja um fenômeno devastador, não é difícil pensar na possibilidade de um interessado decidir não propor uma ação pela falta manifesta de prova de seus direitos, ou porque as provas disponíveis evidenciam a ausência de justiça na pretensão.

Nesse sentido, a colheita de informações precisas, antes da propositura da ação, proporciona que as partes tenham a mais ampla e adequada tutela judicial, e previne a veiculação de demandas temerárias.

Para além das possibilidades de se evitar a litigiosidade e até mesmo alcançar a composição do dano, a produção antecipada de provas poderá proporcionar aos interessados maiores chances de êxito da demanda.

⁷³ YARSHELL, 2009, p. 58-59.

“O assunto pode ser encartado no contexto da assim denominada ‘prova melhor’, que é manifestação do *best evidence principle*,”⁷⁴ entendido como a melhor prova passível de produção, a partir da natureza da controvérsia.

Não se pode desconsiderar, por conseguinte, que: “[...] as partes também julgam e deliberam (ir ou não a juízo, resistir perante dada pretensão ou dela abrir mão, total ou parcialmente), o que se distingue do juiz, uma vez que é este quem julga e decide imperativamente”.⁷⁵

A prova, portanto, não possui uma destinação *a priori* direcionada, exclusivamente, ao convencimento do juiz, em alguns momentos se dispõe a elucidação dos fatos para que as partes atuem conforme seus interesses, em outro momento tal situação de prova poderá ser invocada por um interessado como prova emprestada e, na maioria das vezes, de fato se prestará ao juiz para que por meio do esclarecimento da questão fática este decida com justiça.

Nesse diapasão, a questão afeta a admissibilidade da prova antecipada sem requisito da urgência está atrelada ao ônus da prova, no aspecto subjetivo, e de como tais regras atuam como normas de condutas das partes.

2.2 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

Os registros históricos dão conta de que, desde os primórdios da humanidade, os povos conceberam a ideia de que não é dado aos particulares executar a justiça com as próprias mãos, sendo necessário conferir a um terceiro imparcial a administração da justiça.⁷⁶ Com efeito, sendo proibido a autotutela, o monopólio da jurisdição se legitima, na medida em que se preste a realizar justiça e na proporção

⁷⁴ YARSHELL, 2009, p. 84.

⁷⁵ Ibid., p. 69.

⁷⁶ “Não se vai encontrar a prova judiciária na vida do homem primitivo, das cavernas, isolado, com sua família, alheio ou fugindo ao que se passava com outra família distante. Mas certamente na rudimentar sociedade que são as fratrias ou cúrias, denominações que as línguas grega ou romana deram ao agrupamento de famílias, e mais certamente na tribo, união de fratrias ou cúrias, se pode entrever a prova judiciária, com caráter de meio para se chegar a concluir por uma decisão. Essas sociedades rudimentares já possuíam chefes, deliberavam em assembleias e expediam decretos obrigatórios a todos os seus membros; dispunham, assim, de uma organização política e tinham, em embrião, os fundamentos do processo judicial” (SANTOS, 1983, p. 15).

em que se disponibilizem, aos litigantes, os instrumentos necessários à obtenção do direito material tutelado.

Convém citar a doutrina de Eduardo Cambi:

Como não basta o simples ingresso em juízo, à garantia constitucional da ação, em uma perspectiva tecno-jurídica, também assegura a efetividade dos instrumentos necessários à obtenção da tutela jurisdicional. Com essa configuração dinâmica, decorre da garantia constitucional da ação o poder de agir em juízo, o qual implica: i) o poder que o autor tem de provocar a jurisdição para que um direito subjetivo ou interesse legítimo venha a ser tutelado (princípio da demanda); ii) o poder de realizar no processo todas as atividades (de alegação, de dedução, de argumentação e de prova) que forem necessárias (ou, de qualquer modo, úteis) à obtenção da tutela jurisdicional requerida; iii) o direito à obtenção de um provimento judicial a assegurar uma tutela adequada, célere efetiva à situação substancial acionada.⁷⁷

O direito à prova se encontra implicitamente previsto na Constituição da República, sendo decorrência das garantias constitucionais de acesso à justiça, do devido processo legal da ampla defesa e do contraditório.

De acordo com Eduardo Cambi, todavia, existe previsão constitucional explícita, em razão da incorporação do Pacto de São José da Costa Rica à ordem Constitucional Brasileira, em que se apresenta previsão expressa do direito à prova em seu artigo 8º, §2º, “f”.⁷⁸

Nesse sentido, considerando que a Constituição da República estabelece que os tratados e convenções sobre direitos humanos, desde que aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos são equivalentes às Emendas Constitucionais, tendo os direitos assegurados aos litigantes pelo Pacto São José da Costa Rica, estes foram incorporados na condição de direitos fundamentais.

⁷⁷ CAMBI, Eduardo. **Direito constitucional à prova no processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 115.

⁷⁸ Artigo 8º - Garantias judiciais: f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 11/08/2015.

Nesse contexto, o exercício do direito à prova consiste em pressuposto lógico de acesso à justiça, na medida em que os direitos de ação e de defesa não parecem ter concretude fora do direito probatório.

De acordo com Luigi Paolo Comoglio⁷⁹: “[...] il poter provare la sussistenza dei fatti che costituiscono il fondamento della domanda o dell’eccezione integra [...] un aspetto essenziale del poter agire o difendersi in giudizio”.⁸⁰

O direito positivo anterior cuidava da prova antecipada, sempre tendo em vista a utilização desta em processo futuro e, por isso, regulava o instituto a partir do fundamento de que a antecipação se justificaria pelo risco ou dificuldade da respectiva produção na fase adequada do procedimento normal.

Com base nessa noção, o direito à prova, tradicionalmente, tem sido entendido como desdobramento dos direitos de ação e de defesa.⁸¹ Nessa concepção, Eduardo Cambi pontua que: “[...] agir e defender-se provando consiste em condição necessária para a atuação da garantia constitucional da ação e da defesa, assim, restrição excessiva em matéria de prova torna sem efeito as garantias processuais”.⁸²

Conquanto, as hipóteses de cabimento da produção antecipada de provas previstas nos incisos II e III do artigo 381 do CPC/ 2015, não expressam o direito à prova como desdobramento do exercício de direito de ação e de defesa, considerando que não está direta e necessariamente jungido à declaração do direito, em dado caso concreto. Em verdade, trata-se de um direito, cujo objeto se limita à obtenção da prova.

⁷⁹ COMOGLIO, Luigi Paolo. **Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali**. Studi in onore di Luigi Montesano. Padova: Cedam, 1997, p. 302.

⁸⁰ “Ser capaz de provar a existência dos fatos que constituem a base de uma demanda consiste em aspecto essencial do direito de ação e de defender-se em juízo.” (tradução nossa).

⁸¹ Como ressalta Flávio Luiz Yarshell, o direito à prova tem sido concebido, de um lado, como o direito de empregar todos os meios disponíveis a fim de se demonstrar a verdade dos fatos em que fundada uma pretensão ou resistência; e, de outro, como o direito de influir sobre a formação do convencimento do juiz a propósito dos fatos, através de todos os meios, direitos e contrários, de que se disponha (YARSHELL, 2009, p. 209).

⁸² CAMBI, 2001, p. 112-113.

O Novo Código, como já advertido, amplia o campo de acesso imediato à prova, permitindo-o, também, para situações especiais, desvinculadas do risco e da utilidade imediata para algum processo. Com isso, na sistemática do novo diploma legal, a prova é assegurada tanto a quem pretende agir, como por quem queira defender e, ainda, por quem apenas queira certificar a ocorrência de determinado fato, registrando-o judicialmente.

A proposta terminológica de Flávio Yarshell é no sentido de que, na seara probatória dos direitos existem: o direito de provar, ligado umbilicalmente ao exercício dos direitos de ação e de defesa e outro direito, chamado de direito à prova, desvinculado dos direitos de ação e de defesa:

A prerrogativa de busca e de obtenção de certa prova – primeiro dos aspectos que integram o que se convencionou chamar de direito à prova – sugere a existência de um direito de pedir ao Estado que intervenha tão-somente para permitir a pesquisa e o registro de certos fatos. E se isso é correto, o direito à prova pode ser entendido, então, como direito simplesmente à obtenção de certa providência de instrução, sem a necessária vinculação direta com o direito de ação exercido para pleitear a declaração do direito (ou com o exercício da defesa no processo instaurado nesses termos) relativamente a uma dada situação substancial. Sob esse prisma, o direito à prova ganha, em certo sentido, autonomia.⁸³

Nessa esteira, o direito à prova pode ser entendido como direito à busca, à obtenção e à pré-constituição da prova. Tal conceituação se diferencia do direito de provar, que designa o direito de empregar todos os meios disponíveis em demonstração da verdade dos fatos, na qual se encontra fundada uma pretensão ou resistência no contexto do processo, cujo objeto é a declaração do direito.⁸⁴

Como pressuposto do presente trabalho, entende-se que a prova figura como instrumento de percepção em relação aos fatos, não somente sob o ponto de vista do juiz, mas principalmente em relação às partes, uma vez que esta seja produzida fora do processo destinado à declaração do direito.⁸⁵

⁸³ YARSHELL, 2009, p. 211.

⁸⁴ Ibid., p. 232-233.

⁸⁵ Numa visão apenas parcial do fenômeno jurídico coloca-se a prova como uma ponte por meio do qual o juiz é levado ao conhecimento dos fatos e que culmina com prolação da sentença. Nessa esteira, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart pontuam que a prova sob o ponto de vista da decisão judicial é uma escolha arbitrária, justificando-se por ser o provimento jurisdicional “[...] o

Não é demais considerar que a concepção rompe a ligação tradicional entre prova e julgamento estatal. Os olhares se voltam à valoração que as partes fazem quanto aos elementos de prova, ao modo como podem avaliar as chances em juízo e como isso pode balizar a atuação destes.⁸⁶

O direito à prova – com tal concepção – se afeiçoa não apenas ao escopo jurídico da jurisdição, mas especialmente ao escopo social, de pacificação pela superação da controvérsia, uma vez quanto melhor o interessado conhecer dados relativos à controvérsia, maior será a chance de propor uma demanda bem instruída,⁸⁷ de deixar de fazê-lo ou mesmo de transigir. Nessa perspectiva, o direito à prova se afina com o componente preventivo, que é inerente à inafastabilidade do controle jurisdicional e à adequada cognição.

Conseqüentemente, o direito aqui preconizado consiste, simplesmente, na produção da prova, e o conteúdo se limita à garantia de acesso, descoberta e documentação de determinados fatos mediante intervenção estatal.⁸⁸

2.3 NATUREZA JURÍDICA

Do exame do caráter jurisdicional da atividade empreendida para a produção de prova, de forma antecipada, se pode extrair que o direito à prova encontra respaldo no próprio direito de ação, na medida em que todos têm o direito de ir a juízo para pleitear a busca, a obtenção e a pré-constituição de certa prova, mesmo fora das hipóteses de urgência.

escopo do processo de conhecimento, e o principal aspecto de preocupação do processualista nesse campo” (MARINONI; ARENHART, 2000, p. 166-167).

⁸⁶ É possível afirmar também que nesta nova definição de direito à prova há uma mudança na concepção no que toca à relevância da prova que deixa de ter vinculação lógica direta com a seleção de fatos que necessitam ser provados em um determinado processo, passando a ter relação com o esclarecimento e a investigação de fatos que possam vir a elucidar situações que permitam uma melhor e mais acurada visão da parte sobre sua posição jurídica (ALVES, 2015, p. 471).

⁸⁷ “O desejo de obter a vitória cria para a litigante a necessidade, antes de mais nada, de pensar os meios de que se poderá valer no trabalho de persuasão, e de esforçar-se, depois, para que tais meios sejam efetivamente utilizados na instrução da causa” (MOREIRA, 1988, p. 74-75).

⁸⁸ 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 (YARSHELL, 2009, p. 234).

Processos que tenham como pretensão do autor simplesmente a apropriação de determinados dados para ingresso de futura e eventual demanda não seriam, nesse prisma, cautelares, considerando-se que, nesse caso, haveria a satisfação do direito do autor, não apenas a asseguaração.

A autonomia do processo que promove a antecipação de prova é capaz de dispensar a propositura de futura demanda com base na prova que produziu, especialmente, porque a prova serve para desestimular a propositura de demandas infundadas.

A despeito de a prerrogativa de requerer ao Estado o direito à produção antecipada de prova tratar-se de um direito autônomo da parte e que não se liga à necessidade direta da declaração de um direito, em determinado caso concreto, é ônus do interessado trazer no horizonte a potencial controvérsia que poderá vir a ser instaurada como critério de relevância e, portanto, de admissibilidade da medida instrutória pleiteada.⁸⁹

Nesse diapasão, a medida probatória autônoma encontra fundamento no poder ou direito de ação (CF, artigo 5.º, XXXV),⁹⁰ que tem amplitude suficiente para autorizar o interessado a pleitear a instrução, sem propriamente invocar a declaração do direito material em dado caso concreto. Salvo nos casos, em que é fundada na alegação de perigo da demora,⁹¹ não se trata de medida cautelar dada à autonomia que lhe conferiu o texto legal.⁹²

⁸⁹ ALVES, André Bruni Vieira. Direito probatório: da admissibilidade da produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas no novo CPC). In: DIDIER JR. JOBIM; FERREIRA. (coords.) **Direito probatório**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 476.

⁹⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

⁹¹ Em sentido oposto, Daniel Assumpção Neves propõe uma redefinição do *periculum in mora* para as cautelares probatórias. Entende-se 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; 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 (NEVES, 2008, p. 495).

⁹² YARSHELL, Comentários aos arts. 381 a 383 do Novo CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 1, p. 1026-1044.

Flávio Yarshell registra a umbilical relação entre o direito à prova e o direito de ação sob a perspectiva concretista, a qual se ousa transcrever algumas partes:

Entendendo-se a ação como direito a um provimento de mérito – sujeito a condições cuja ausência leva ao fenômeno de carência e a consequente extinção do processo sem julgamento do mérito -, é possível identificar o direito incondicionado de ingressar em juízo (direito de demandar); o direito a um provimento de mérito (direito de ação, desde que presentes as respectivas condições); e o direito a um julgamento favorável (se a pretensão do autor encontrar respaldo no direito material).

[...]

No direito à prova – e ressalva feita ao mero e incondicionado direito de ingresso - não há como cindir os juízos de admissibilidade e de mérito, porque este último, como tantas vezes destacado, consiste tão somente na pretensão de que a prova – suposto ser admissível- seja produzida de forma antecipada. Não há, ao menos em princípio, e salvo alguma ressalva que se possa fazer, valoração da prova, exceto quando essa se confunde como o próprio juízo de admissibilidade; o que apenas confirma a assertiva retro.

[...]

Sendo assim, conceitualmente o direito à prova não existe se, por alguma razão, se negar a antecipação da prova. Sem antecipação não há nos termos aqui expostos, direito à prova.

[...]

Portanto, se a prova, em dada situação concreta, for jurídica e praticamente admissível, deverá ter lugar à antecipação, confirmando-se, portanto, a natureza concreta do direito em tela.

[...]

Sendo assim, 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.

[...]

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 pretendida.⁹³

Em apropriação das premissas citadas alhures, é possível concluir que o direito à prova é um direito processual autônomo e concreto. A autonomia decorre da falta de vinculação entre este e o direito material, que possa pretender a declaração em futuro processo. A concretude, por sua vez, se relaciona com a ideia de ser um direito à obtenção efetiva de uma sentença favorável. Somente ostenta o direito à

⁹³ YARSHELL, 2009, p. 321-323.

produção antecipada de provas aquele que, com o ajuizamento da ação, consiga obter a produção desta situação.

Ao tratar das ações cautelares de produção antecipada de prova, Pontes de Miranda, apontou que estas: “[...] são constitutivas – e a eficácia das sentenças de acolhimento é a eficácia do que elas constituíram, eficácia documental”.⁹⁴

O resultado consistente na prova produzida é algo que se impõe às partes, especialmente considerando a capacidade de influenciar no julgamento, assim a prova produzida é como um fenômeno consumado, ainda que no futuro esta seja repetida, uma vez que a capacidade de influência tanto na conduta das partes quanto como elemento capaz de influenciar o julgamento estatal é algo irrefutável, disso decorre a natureza constitutiva (positiva) da antecipação de provas.

Na medida em que o direito à prova não se encontra diretamente ligado à declaração de direito, em uma dada relação de direito material, o direito à prova é antecedente ao pleito de tal declaração e pode atuar como excludente de uma demanda.

No que diz respeito à natureza jurídica da ação autônoma de produção antecipada de provas, a doutrina diverge, parte considera ser de jurisdição voluntária⁹⁵ e outra reputa ser de jurisdição contenciosa:

A produção antecipada de provas é ação (veicula um pedido de tutela jurisdicional) geradora de processo próprio. Não se trata de simples "jurisdição voluntária". Insere-se no contexto de um conflito, ainda que não tenha por escopo diretamente o resolver. É medida com procedimento sumário (a ponto de excluir contestação e recursos) e cognição sumária horizontal (o juiz averigua superficialmente o pressuposto para antecipar a prova) e vertical (o juiz não se pronuncia sobre o mérito da pretensão ou defesa para a qual a prova poderá futuramente servir).⁹⁶

No procedimento autônomo de produção antecipada de provas, o Estado intervém para permitir a pesquisa e o registro de determinados fatos, e se limita a conceder

⁹⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 255.

⁹⁵ A respeito do entendimento segundo o qual seria de jurisdição voluntária (THEODORO JUNIOR, 2015).

⁹⁶ WABIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.180.

determinada providência de instrução, mesmo sob essa perspectiva existe natureza contenciosa, considerando que o direito à prova, invariavelmente, poderá resultar em ofensa contra a intimidade, a privacidade, ao sigilo, sendo autorizado à parte contrária alegar a inadmissibilidade da prova e de tal antecipação desta.

A justificação, por sua vez, possui caráter de jurisdição voluntária.⁹⁷

A sentença de procedência que defere a produção da prova possui eficácia constitutiva.

2.4 A BUSCA PELO PROCESSO EFICIENTE

A Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, acrescentou o princípio da eficiência no rol dos princípios constitucionais da Administração Pública previstos no artigo 37, *caput* da Constituição.

Humberto Ávila considera que a eficiência se encontra no mesmo patamar de postulados como proporcionalidade e razoabilidade, que não se amoldam a categoria de princípios propriamente, mas consistem em postulados que estruturam a aplicação de princípios e regras.⁹⁸

Seguindo essas balizas, a lei do processo administrativo federal, lei n.º 9.874/99, previu, expressamente, o dever de observância do princípio da eficiência aos litigantes em processo administrativo.

⁹⁷ O procedimento de obtenção antecipada de prova sem caráter contencioso tem o único propósito de documentação do interessado. Assim, aquele que tem interesse, apenas, em obter prova para resguardar seus direitos - sem qualquer intuito de empregá-la em processo futuro e eventual- pode também valer-se desta medida. Neste caso, não é necessário sequer aludir a qualquer litígio ou pretensão, bastando a existência de interesse justificável na obtenção da prova. A medida de obtenção antecipada de prova, sem caráter contencioso, sequer exige a citação de outros sujeitos (art. 382, 1.0). O procedimento, então, limitar-se-á ao pedido do interessado, seguido pelo deferimento e pela colheita da prova, em juízo (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 308).

⁹⁸ Seria um postulado normativo. “situam-se em um segundo grau e estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas, princípios e regras. Como tais, eles permitem verificar os casos em que há violação as normas cuja aplicação estruturam. Só elipticamente e que se pode afirmar que são violados os postulados da razoabilidade, da proporcionalidade ou da eficiência, por exemplo. A rigor, violadas são as normas princípios e regras – que deixaram de ser devidamente aplicados” (ÁVILA, 2005, p. 8).

Hely Lopes Meirelles define o princípio da eficiência como sendo:

[...] o que se impõe a todo o agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da continuidade e de seus membros.⁹⁹

Conforme preleciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a eficiência possui dois aspectos: se dispõe em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho das atribuições com o escopo de alcançar resultados positivos e em relação à organização da estrutura da administração pública, com enfoque nos aspectos de gestão de recursos humanos e materiais.¹⁰⁰

De acordo com a doutrina, a Emenda Constitucional nº 45/2004, ao acrescentar o inciso LXXVIII ao artigo 5º¹⁰¹ da Constituição, dispôs o conteúdo do princípio da eficiência no processo judicial e administrativo.¹⁰² Desde então, a eficiência é direito fundamental dos litigantes.

A inserção da eficiência no direito processual revela o descontentamento da sociedade com o serviço judiciário. O cerne do princípio consiste na ideia de produtividade e de economicidade, o que impõe aos atores processuais (partes, procuradores, juízes, serventuários e auxiliares da justiça) o desempenho de atribuições com presteza e rendimento, de maneira a alcançar o melhor resultado.

O princípio da eficiência possui expressa disposição no CPC/2015, no qual o artigo 8º dispõe que ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz deve pautar-se pela eficiência. Com isso, pretende-se que cada ato processual seja orientado para alcançar os fins pretendidos, com redução de custos e vedação às diligências inúteis.

⁹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 102.

¹⁰⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 84.

¹⁰¹ LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

¹⁰² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.25.

Com o mesmo desiderato, o artigo 4º do CPC/2015 estabelece que as partes devam deter o direito de obter, em prazo razoável, “a solução integral do mérito”.

Nesse diapasão, infere-se o cuidado do legislador em afastar possíveis óbices de ordem formal, que sejam capazes de impedir a solução definitiva do litígio. Assim, a primazia do exame do mérito abrange a instrumentalidade das formas, estimulando a correção ou saneamento de vícios, bem como o aproveitamento dos atos processuais, com a colaboração simultânea das partes e do juiz para que se alcance a apreciação do mérito.

Convém esclarecer que eficiência não se confunde com eficácia ou efetividade. A eficácia consiste na capacidade da norma ou do fato jurídico para produzir efeitos. A seu turno, a efetividade se relaciona com o cumprimento das normas jurídicas, com isso, uma norma é efetiva na exata medida em que seja cumprida por seus destinatários.

Por sua vez, a eficiência mensura a relação entre os meios empregados e os resultados obtidos, em suma se relaciona com o alcance de finalidades pré-estabelecidas, aspecto que diz respeito aos meios empregados para tanto. De acordo com a doutrina haverá eficiência se os meios adotados forem ótimos, gerando pouco esforço e dispêndio com o melhor resultado possível, consoante palavras de Leonardo Carneiro da Cunha:

Já se viu que a eficiência e a efetividade não se confundem. Para que se positive o princípio da efetividade, é preciso que haja comportamentos legislativos e judiciais necessários ao fiel cumprimento das resoluções jurisdicionais. Nesse sentido, o sistema processual há de ser provido de instrumentos coercitivos suficientes para forçar o cumprimento das decisões, com o mesmo resultado prático do adimplemento espontâneo das normas jurídicas.

É possível que um processo seja efetivo sem ser eficiente, atingindo-se ao resultado por sua vez, será eficiente possível, eficiente se atingir o resultado pretendido de modo satisfatório. É possível, então, que o processo seja efetivo, sem ser eficiente, mas se for eficiente, será necessariamente efetivo.

O devido processo legal, nesse contexto, há de ser capaz de flexibilizar-se, adaptar-se às peculiaridades de cada situação concreta, prestando tutela jurisdicional diferenciada e sendo, enfim, eficiente.

[...] O processo judicial deve ter efetividade, com duração razoável, garantindo isonomia, segurança, com contraditório e ampla defesa. Em razão do princípio da eficiência, o procedimento e a atividade jurisdicional hão de ser estruturadas para que se construam regras adequadas à solução

do caso com efetividade, duração razoável, garantindo-se a isonomia, a segurança, com contraditório e a ampla defesa.¹⁰³

Humberto Theodoro Junior traz reflexão importante acerca da preocupação da doutrina processual com a efetividade, em detrimento do estudo das formalidades procedimentais:

Muito mais do que com os clássicos conceitos tidos como fundamentais ao direito processual, a doutrina tem-se ocupado com remédios e medidas que possam redundar em melhoria dos serviços forenses. Ideias, como a de instrumentalidade e a de efetividade, passaram a dar a tônica do processo contemporâneo. Fala-se mesmo de “garantia de um processo justo”, mais do que de um “processo legal”, colocando no primeiro plano, ideias éticas em lugar do estudo sistemático apenas das formas e solenidades do procedimento.

Toda uma grande reforma se fez, nos últimos anos, nos textos do Código de Processo Civil de 1973, com o confessado propósito de desburocratizar o procedimento e acelerar o resultado da prestação jurisdicional. Legislação extravagante também cuidou de criar ações novas e remédios acauteladores visando a ampliar o espectro da tutela jurisdicional, de modo a melhor concretizar a garantia de amplo e irrestrito acesso à justiça, tornado direito fundamental pelas Constituições democráticas, tanto em nosso país como no direito comparado. Até a própria Constituição foi emendada para acrescer no rol dos direitos fundamentais a garantia de uma duração razoável para o processo e o emprego de técnicas de aceleração da prestação jurisdicional (CF, art. 5º, LXXVIII, com o texto da EC n.º 45, de 08.12.2004).¹⁰⁴

O processo eficiente, nesse sentido, não é sinônimo de processo rápido¹⁰⁵ e se refere, sobretudo, à qualidade da prestação da tutela jurisdicional, nas palavras de Humberto Theodoro Junior: “entre a rapidez da decisão e a qualidade da solução apresentada, o juiz deve primar pela segunda, de modo que nunca seja ela sacrificada em prol apenas da dinamicidade do processo”.¹⁰⁶

A ampliação do acesso à justiça aliada à cultura da litigiosidade trouxe problemas de operacionalização ao sistema judiciário, gerando um volume exponencial de demandas.

¹⁰³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro. **Revista de processo**. Ano 39, v.233, 2014, p.77-79.

¹⁰⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.51.

¹⁰⁵ “Nada pior do que a injustiça célere. Aí reside a verdadeira degeneração de justiça. E é isto que pretende a Reforma, ao alçar, sem critério de realidade, a celeridade como valor primeiro da prestação jurisdicional. Se hoje poder-se-ia afirmar que a justiça tarda, mas não falha, doravante parafraseia-se: a justiça será breve, mas falha” (REALE JUNIOR, 2004, p. 80).

¹⁰⁶ THEODORO JUNIOR, 2015, nota 100.

Nesse compasso, o desafio dos processualistas é pensar em meios autocompositivos para solucionar as controvérsias e em mecanismos capazes em ofertar aos litigantes, em processo judicial, a tutela jurisdicional de qualidade em tempo razoável.

O procedimento autônomo de produção antecipada de provas é capaz de militar em duas vertentes em prol do processo eficiente, isso porque a prova é capaz de estimular a adoção de métodos adequados de solução do conflito e, ainda, otimizar a solução do mérito, caso o interessado opte pelo ajuizamento da demanda.

Com efeito, não basta que o processo seja efetivo, que permita que a parte seja capaz de demonstrar ter razão e obtenha o bem da vida almejado, os jurisdicionados anseiam pelo processo eficiente, com isso faz-se necessário, que o interprocedimental, que a modalidade de cognição, que todos os liames do procedimento sejam equacionados para imprimir qualidade ao provimento jurisdicional, mediante a utilização de meios ótimos, minimizando esforço e dispêndio, com o fim no melhor resultado possível.

2.4.1 Máxima eficiência dos meios probatórios

A efetividade da tutela jurisdicional depende da coexistência de um sistema probatório eficiente, que sirva os atores processuais dos mecanismos necessários a demonstração da ocorrência ou não dos fatos jurídicos relevantes ao deslinde da causa. Assim, o procedimento de produção de provas deve ser dosado, conforme as necessidades que se apresentarem no curso do processo.

Nesse contexto, o princípio da máxima eficiência dos meios probatórios transmite, diretamente, a consecução de um fim, de que o meio de prova a ser empregado deve ser realizado de forma eficiente, com o escopo de oferecer o melhor acervo probatório capaz de influir na decisão de mérito.

Do exame dos fatos e da adequação destes ao direito objetivo, o julgador extrairá a solução do litígio que será revelada na decisão. Assim, não se pode almejar o

desenvolvimento válido de um processo desatrelado da necessidade de elucidação dos fatos. Oferecer às partes os meios de provas adequados é requisito essencial da prestação da tutela jurisdicional, que se coadune com os valores de justiça.

No contexto do presente estudo em que é dado enfoque na pré-constituição de prova, por iniciativa dos interessados, em momento anterior ao processo que visa à declaração do direito subjetivo, a prova assume papel relevante não somente como condição para um julgamento justo, mas também para atender a elucidação dos fatos, visando o convencimento dos próprios interessados.

De posse da prova antecipadamente produzida, os interessados poderão buscar um método de solução de conflito extrajudicial, atuar em conformidade com a prova produzida em juízo e até mesmo evitar o ajuizamento de uma ação, em que é patente a ausência do direito invocado.

A máxima eficiência dos meios de prova assume um papel de extrema relevância, em razão do momento histórico de ruptura com uma rigidez exagerada dos atos processuais relativos à prova, no processo civil, provocada, normalmente, pela quantidade excessiva de regramentos que, ao contrário de assegurar a eficiência dos serviços judiciários, tem sido fonte de inflexibilidades incompatíveis com as necessidades do tempo atual.¹⁰⁷

O mestre Barbosa Moreira, nos idos de 1989, já asseverava quanto a necessidade de se primar pela eficiência probatória, afirmando que é necessário o aproveitamento tão completo quanto possível das fontes de prova, bem como o aumento da eficiência da colheita e no registro dos dados nos quais estas sejam capazes de ministrar, além do aprimoramento dos mecanismos de valoração destes elementos.¹⁰⁸

Por conseguinte, restrições impostas ao direito à prova devem ser coerentes com o justo processo, balizando as provas necessárias à elucidação da matéria fática e afastando aqueles que se desviem desse objetivo.

¹⁰⁷ FERREIRA, William Santos. **Princípios Fundamentais da Prova Cível**. São Paulo: Regista dos Tribunais, 2014, p.185.

¹⁰⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Alguns problemas atuais da prova civil**. Temas de direito processual. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989, p.159.

Na obra intitulada “Princípios Gerais da Prova Cível”, William Santos Ferreira traça as premissas fundantes, que devem nortear os partícipes da relação processual em matéria de prova, dentre os quais se destaca o princípio da máxima eficiência. Nas palavras do autor:

[...] Não basta o direito à prova e de meios que o assegurem e não obstem o contraditório e a ampla defesa.

É preciso um terceiro e último elemento: a qualidade de cada um dos instrumentos probatórios empregado, a busca de uma eficiência máxima no estabelecimento do *thema probandum*; um reconhecimento de que há um mandado de otimização, provocador de atitudes tanto legislativas, como dos intérpretes e dos operadores do direito, voltados a maximizar os resultados quando da utilização do ferramental instrutório, aqui estaremos no território do princípio da máxima eficiência dos meios probatórios.¹⁰⁹

O aludido princípio baliza a atividade instrutória para que seja assegurado o meio de prova compatível com a necessidade da parte, em provar as alegações feitas, resguardando a utilização dos meios compatíveis, adequados e a utilização dos meios, até que o fato seja esclarecido, vedando-se diligências desnecessárias.

Vê-se, portanto, que o princípio da máxima eficiência dos meios probatórios tem dupla implicação em relação às partes: um efeito positivo, segundo o qual “[...]as partes têm assegurados meios instrutórios dotados de potência suficiente (qualidade), para que se razão possuírem demonstrem o fato que lhes beneficia”,¹¹⁰ e o outro negativo, que se refere à hipótese em que a controvérsia diga respeito à questão, exclusivamente, de direito, independendo de dilação probatória ou quando o fato já se encontra devidamente provado, circunstâncias em que devem ser rechaçadas providências desnecessárias ao julgamento da causa.

No que diz respeito ao conteúdo negativo, o juiz possui o poder-dever de indeferir a diligência probatória pretendida, quando não se prestar a elucidação do fato alegado. A procedência da instrução objetivada fica condicionada à plausividade da postulação, no sentido de pertinência e adequação do meio em relação ao fato probando.

¹⁰⁹ FERREIRA, 2014, p. 184.

¹¹⁰ Ibid., p. 185-194.

Decorrência do princípio em estudo na seara da produção antecipada de provas é que não devem ser julgados procedentes os pedidos de antecipação, que não revelem sequer, indiretamente, a potencial controvérsia envolvendo a prova ou quando a modalidade da prova não corresponder ao meio adequado.

No que se refere ao aspecto positivo, o princípio da máxima eficiência possui importante implicação para potencializar os resultados da produção de provas.

O tempo atua sobre as fontes de prova de maneira negativa, sendo capaz de deteriorá-la e diminuir, significativamente, a aptidão desta para o esclarecimento do fato. Nesse diapasão, a admissão da ação autônoma de produção de provas contribui para expandir a eficiência e efetividade da instrução probatória, salutar por resguardar a qualidade do acervo.

A prova testemunhal é a modalidade mais afetada pelo transcurso do tempo.¹¹¹ Em estudo acerca da produção de prova testemunhal, a doutrina salienta as diversas nuances que envolvem tal modalidade de prova, sendo uma delas a possibilidade de criação de “falsas memórias”, que podem ser agravadas na proporção da demora da inquirição da testemunha.¹¹²

Valendo-se do procedimento de antecipação de provas e com base no princípio da máxima eficiência dos meios probatórios, a parte interessada no esclarecimento do fato que levou à ocorrência de um acidente de trânsito pode, desde logo, ajuizar ação probatória autônoma com o exclusivo propósito de elucidar os fatos, já que mediante a produção é possível aumentar a qualidade do depoimento testemunhal.

¹¹¹ Pesquisa empreendida por Catarina Gordiano, na qual foi realizado experimento com colheita de depoimento de testemunhas logo após a ocorrência dos fatos, observou que a reprodução dos fatos por meio da prova testemunhal possui múltiplas influências: as circunstâncias do fato ou até mesmo o estado emocional da testemunha; o que impõe reflexão pela necessidade de adoção de um procedimento de colheita da prova (inclusive com possibilidade de adoção de relatório livre) de maneira a minimizar sugestionamentos e extrair o relato mais fiel possível à realidade dos fatos. Na pesquisa, observou-se que, mesmo diante da colheita dos depoimentos em curto espaço de tempo, significativas distorções puderam ser observadas. Assim, afirmou a pesquisadora: “O fato das testemunhas terem prestado depoimento logo na sequência após o evento presenciado poderia gerar uma sensação de que deveriam se lembrar de quase tudo, mas diversos fatores podem influenciar a percepção e a reelaboração oral daquele evento presenciado” (HENRIQUES, 2016).

¹¹² “O passado se faz presente com a ajuda da memória. A riqueza, a variedade e a liberdade que existem em nossa imaginação tornam possível a reconstrução de fatos passados tanto conscientes como inconscientes” (ÁVILA, 2013).

Por ser mais célere a prática do ato processual, a produção antecipada é relevante não somente para evitar o perecimento da prova, mas também para dar robustez à prova no momento da valoração.

Muitas vezes, a prova testemunhal é o único meio de prova capaz de promover o adequado esclarecimento do fato. Desprestigiar tal utilização seria o mesmo que impedir o acesso à justiça. Assim, a produção da prova testemunhal, em prazo razoável, objetiva a diminuição da influência do tempo na memória, minimizando os efeitos e tornando a prova mais sólida e confiável.

Pelas considerações traçadas, entende-se que a produção antecipada de provas possui relevância, não apenas como ferramenta para esclarecer os fatos para que os interessados tenham consciência sobre o direito subjetivo e possam a partir deste balizar a atuação em juízo e fora dele, mas também atua em favor da qualidade de cada um dos meios probatórios empregados, em razão da eficiência e celeridade proporcionadas pela antecipação.

Nas controvérsias que envolvem fatos, os meios de prova são imprescindíveis e, por isso, o sistema deve permitir meios aptos ao respectivo esclarecimento ou demonstração. Nesse contexto, a previsão do direito autônomo à prova é ampliação necessária ao canal de acesso à prova e contribui para a intensificação da qualidade dos meios de prova.

Não se deve olvidar que a falta de conhecimento dos jurisdicionados sobre os fatos resulta em dúvida sobre o direito. Nesse sentido, o processo entendido como instituição democrática deve ser utilizado para cumprir a função de instrumento de garantia e efetividade dos direitos.

2.5 PROVA DOCUMENTADA

De acordo com a doutrina, o documento é a fonte da prova¹¹³, por meio dele se extrai a informação sobre o fato. A prova documental¹¹⁴, por sua vez, é o mecanismo que permite o traslado da fonte de prova para o processo.¹¹⁵

Partindo da diferenciação entre documento e prova documental é salutar ter em mente a noção exata de prova documentada. Aspecto que possui relevância extrema para compreensão do objeto de estudo, uma vez que ação probatória autônoma tem o objetivo de documentar a produção de um meio de prova típico ou atípico.

Por prova documental entende-se a prova que tenha o conteúdo e forma de documento, conforme as exigências legais, enquanto por prova documentada se entende qualquer prova, de qualquer natureza que seja materializada por meio de um documento. Uma perícia judicial é materializada em um laudo pericial, que certamente, é um documento, se não em seu conteúdo, inegavelmente em sua forma. O mesmo ocorre com a colheita de prova oral, materializada na ata da audiência, que também será um documento, não em seu conteúdo, mas em sua forma.¹¹⁶

Assim, a prova produzida no curso da ação probatória autônoma ingressará no eventual processo principal como prova documentada, mas será considerada, para todos os efeitos, de valoração com a natureza própria do meio de prova produzido antecipadamente.

2.5.1 Prova emprestada e a produção antecipada de provas

O artigo 372 do CPC/2015 colocou a prova emprestada na categoria de provas típicas, todavia o legislador foi bastante sucinto, ao prever que: “o juiz poderá admitir

¹¹³ Consoante Fredie Didier “justamente por ter aptidão para representar um fato de modo permanente e duradouro, sem se perder nas armadilhas do tempo, o documento é considerado uma fonte segura de prova” (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p.184).

¹¹⁴ Esclarece Laís Pereira que “na prova documental, a enunciação da prova-enunciado terá ocorrido fora do processo, restando apenas à parte anexar esse documento já produzido aos autos (ou requerer a sua exibição), sendo uma prova extrajudicial cuja enunciação ocorreu fora do juízo, sem a participação do Estado-juiz” (Uma proposta de redefinição científica do conceito de “prova emprestada”. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017. p 124-125

¹¹⁵ DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 181.

¹¹⁶ NEVES, 2008, p.367.

a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”¹¹⁷.

Lais Pereira propõe o conceito de prova emprestada como sendo “[...] um meio de prova cuja sua enunciação se deu judicialmente (pois é espécie de prova judicial) em um processo diferente do qual está sendo utilizada.”¹¹⁸

Em trabalho sobre o tema, Eduardo Talamini¹¹⁹ conceitua a prova emprestada como sendo o transporte de produção probatória de um processo para outro, no aproveitamento de atividade probatória, anteriormente desenvolvida, por meio do traslado dos elementos que o documentaram.¹²⁰

Daniel Neves critica a nomenclatura do instituto por reputar tecnicamente inadequado:

Ao falar de empréstimo da prova pensa-se em prova que vai de um processo a outro e depois é devolvida a esse processo, o que efetivamente não ocorre. A prova é trasladada de um processo a outro e, a partir de então, a relação entre os dois processos extingue-se. Melhor seria chamar tal prova de prova trasladada, como alias, acertadamente, prevê o Código-modelo de *Procedimiento Civil* para Iberoamericano de *Derecho Procesal*, que utiliza, corretamente, a expressão “*prueda trasladada*”.¹²¹

A prova emprestada é trasladada para o processo de destino na forma de prova documentada, segundo Daniel Neves:

A prova emprestada por ser prova documentada, tem forma documental e segue as regras procedimentais desse meio de prova no processo que a recebe. Assim, ao juntar aos autos a prova emprestada, parte estará propondo e produzindo a prova ao mesmo tempo, em fenômeno típico de procedimento probatório das provas pré-constituídas, especialmente a documental. Haverá, portanto, dois momentos distintos de produção: um no processo originário em que a prova surge, por meio da oitiva da testemunha, realização da perícia e etc. e outro no processo que recebe tal

¹¹⁷ BRASIL, 2015.

¹¹⁸ PEREIRA, Lais Zumach Lemos. **Uma proposta de redefinição científica do conceito de “prova emprestada”**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017.

¹¹⁹ TALAMINI, Eduardo. **A prova emprestada no processo civil e penal**. *Revista de processo*. São Paulo: RT, 1998, p. 146. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/426/r140-15.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 24 Jul. 2017.

¹²⁰ “[...] a prova emprestada consiste na transferência da produção probatória realizada num processo para outro, ou melhor, é o aproveitamento da atividade probatória desenvolvida num processo, através do traslado dos elementos que a documentam, em outro processo” (BUIKA, 2013, p. 31).

¹²¹ NEVES, op.cit., p. 85-86.

prova em sua forma documental. É possível tal duplicidade em virtude das diferentes formas que as provas adquirem nesses dois processos.¹²²

A prova emprestada se encontra inserida no contexto do princípio da economia processual, pelo qual se impõe buscar a máxima efetividade do direito material com o mínimo de atividades processuais.¹²³ Para Eduardo Cambi, seria plausível o indeferimento da produção de uma prova já produzida e trazida aos autos, sendo desnecessária tal repetição, ainda que seja possível de ser retomada no novo processo, por incidência do princípio de economia processual.¹²⁴

No contexto do CPC/2015, a prova emprestada tornou-se típica, assim deixa de se apresentar como coadjuvante do cenário probatório, não restando margem de dúvidas quanto à viabilidade de ampla utilização.

Entende-se necessário a observância dos seguintes requisitos de admissibilidade da prova emprestada, a saber: a) a parte contra quem a prova é produzida deverá ter participado do contraditório na construção da prova; b) que a prova emprestada tenha sido produzida no âmbito de um processo judicial ou administrativo; e c) que guarde pertinência e relevância com os fatos controversos do processo para a qual foi emprestada.

Um obstáculo para admitir a prova formada, no primeiro processo, consiste na observância da garantia constitucional do contraditório, notadamente, pela necessidade de observância da garantia no bojo do processo original e no processo de destino.

O entendimento que prevalece é que uma vez admitida à prova emprestada, esta se sujeita novamente ao contraditório, assim é possibilitado que sejam produzidas contra argumentações, especialmente, no sentido de falta de algum dos requisitos de admissibilidade.

Nesse diapasão, a prova emprestada não pode ser admitida, quando foi colhida sem participação da parte contra quem operar, sob pena de violação do contraditório na

¹²² NEVES, 2008, p.132- 133.

¹²³ CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 53.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 62.

formação da prova. Não se exige, entretanto, que o contraditório seja efetivo, bastando que seja o contraditório, enquanto ciência e oportunidade de manifestação.

De acordo com Eduardo Cambi, somente é exigível que o contraditório seja efetivo, quando se depare com processo civil, cujo objeto envolva direitos indisponíveis.¹²⁵ Em direitos indisponíveis, defensável o entendimento de necessidade de nomeação de defensor, tal como ocorre no âmbito penal.

Nesse sentir, aquele que regularmente citado ou intimado teve assegurado o direito de participação, no processo, não pode alegar cerceamento de defesa, quando optou por não se manifestar, do contrário os princípios de ampla defesa e contraditório seriam interpretados como um fim em si mesmo, ensejando inclusive que uma das partes se aproveite da garantia para provocar incidentes indevidos no processo.

Conforme já salientado, a prova emprestada ingressa no outro processo sob a forma documental, porque essa é a forma em que ocorre o traslado das peças do processo original ao processo de destino. Todavia, equívoco considerar que a prova emprestada teria, em princípio, o mesmo valor que a prova documental, descaracterizando a natureza original, segundo a qual foi produzida. Moacyr Amaral Santos afirma que controvertida a eficácia da prova emprestada em relação ao processo para o qual foi trasladada.¹²⁶

De acordo com Eduardo Talamini:

Mesmo sendo apresentada no segundo processo pela forma documental, a prova emprestada não valerá como mero documento. Terá a potencialidade de assumir exatamente a eficácia probatória que obteria no processo em que foi originariamente produzida. Ficou superada a concepção de que a prova emprestada receberia, quando muito, valor de documento, “prova inferior” ou “ato extrajudicial”⁶. O juiz, ao apreciar as provas, poderá conferir à emprestada precisamente o mesmo peso que esta teria se houvesse sido originariamente produzida no segundo processo. Eis o aspecto essencial da prova trasladada: apresentar-se sob a forma documental, mas poder manter seu valor originário. É tal diversidade que confere à prova emprestada regime jurídico específico – o qual não se

¹²⁵ CAMBI, 2006, p. 54.

¹²⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 363.

identifica com o da prova documental nem com o da prova que se emprestou, em sua essência de origem.¹²⁷

Nesse sentido, se diante da importação de prova produzida entre as mesmas partes: guarda a prova, em princípio a eficácia inicial desta.¹²⁸

Como consequência da ausência de sistema de valoração legal, tarifado, a prova emprestada não possui um valor a priori, devendo a eficácia como meio de influir no julgamento ser apreciada no contexto do princípio do convencimento motivado do juiz.

Nesse sentido, sob a égide do princípio do convencimento motivado, no Código de Processo Civil de 2015 não há hierarquia entre meios de prova, razão pela qual não há que se falar em dirigismo na valoração.

A prova produzida na ação probatória autônoma não será valorada, sendo destinada ao esclarecimento dos fatos, pelos interessados. Todavia, caso seja ajuizada ação com o traslado da prova produzida antecipadamente, a prova será recebida na qualidade de prova emprestada:

[...] nem sempre a prova antecipada será depois utilizada em algum processo. Porém, quando utilizada em processo subsequente, a prova antecipada lá ingressa como prova emprestada (art. 372). Nesse segundo processo, a prova emprestada tem a forma documental, mas é apta a preservar o seu valor originário (de prova pericial, testemunhal etc.). Lembre-se que, para que se admita seu empréstimo, a prova precisa ter sido produzida perante autoridade jurisdicional e a parte contra a qual se pretende utilizá-la tem de haver podido participar, em regime contraditório, de sua produção.¹²⁹

Diante disso, a prova produzida antecipadamente é uma espécie do gênero da prova emprestada, divergindo apenas em relação ao fato de que na prova emprestada existe dupla valoração no processo de produção e, posteriormente, no processo para o qual é trasladado, o que não ocorre com relação à prova produzida antecipadamente, uma vez que esta somente será valorada no processo destino, isso caso seja ajuizada ação.

¹²⁷ TALAMINI, 1998, p.146.

¹²⁸ FERREIRA, 2014, p.148.

¹²⁹ WABIER; TALAMINI, 2016, p.675.

Questão relevante consiste na possibilidade de reprodução no processo de conhecimento da prova produzida em instrução antecipada.

Seja pelo princípio do convencimento motivado, seja pela possibilidade da parte arguir alguma invalidade da prova que é fruto da produção antecipada, especialmente, no que diz respeito ao contraditório, o ordenamento jurídico autoriza a repetição da prova. Portanto, a repetição poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer uma das partes.

Todavia, em face do princípio da eficiência e economia processual, uma vez tendo sido produzida de forma antecipada, em processo servido de contraditório, não há justificativa plausível que autorize, como regra, a possibilidade de repetição.

2.6 LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO

Como já exhaustivamente narrado, o direito à prova é imprescindível ao acesso à ordem jurídica justa e se constitui um dos eixos do devido processo legal, tanto na feição processual, como na moderna configuração substancial, conforme ensinamento de Hermes Zaneti:

Nessa toada, apresenta-se a nova racionalidade prática procedimental e o retorno ao juízo do discurso, como uma contraposição ao paradigma legalista do estado de direito do século XIX. Traça-se a evolução histórica do *ordo judicarius ao processus*, demonstrando a que serviu a passagem do juízo, como ato de três pessoas – autor, réu e juiz – para o processo, ramo do direito mais adequado à lógica matemática, no quadro da apropriação do direito pelo soberano, verticalizando a relação processual: o direito do Estado Juiz. O instituto processual que melhor demonstra essa passagem e essa contraposição é o direito probatório, historicamente o primeiro a sofrer os influxos da racionalização iluminista, com a radical cisão entre questão de fato e questão de direito. Aborda-se ali o conceito de verdade do processo civil na ciência normal, ligado à lógica jurídica formal demonstrativa em contraposição ao conceito de verdade como argumentação, ligado à lógica tópica clássica (matriz grega e de *common law*). Em seguida propõe-se a superação da cisão entre modelos com acentuação tônica na racionalidade prática procedimental, identificando, na pretensão de correção e na correta individuação do *thema probandum* (pelo método tópico), um modelo teórico mais aderente ao atual momento de desenvolvimento do processo no Estado Constitucional.¹³⁰

¹³⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 159.

Ocorre que o procedimento legal e neste contido o procedimento probatório não possui relevância somente para obtenção da ideia de justiça da decisão, mas para a legitimação das decisões e da ordem jurídica, enquanto Poder destinado à pacificação dos conflitos sociais.

Assim, propõe-se a análise das razões que motivam os jurisdicionados a aceitarem as decisões sob o ponto de vista da legitimidade.

Na obra “Legitimação pelo procedimento”, Niklas Luhmann se propõe ao estudo da legitimidade do direito, enquanto estrutura social. Nesse estudo, o autor refuta a ideia segundo a qual as normas jurídicas concebidas como decisões retiram a legitimidade de outras decisões hierarquicamente superiores. A crítica reside no fato de que as decisões normativas são proposições deônticas, de dever ser, e a elas não compete a indagação de verdadeiro ou falso. “[...] São, em última análise, atos de crença admitidos como fatos, assim não há como se extrair a legitimidade do direito desses valores que não se fundam em verdade”.¹³¹

Para Luhmann, uma teoria do procedimento necessita de um ponto de vista mais abstrato de relação funcional, que inclua o mecanismo da verdade e, partindo desta se procurem outros mecanismos de transmissão, funcionalmente equivalentes, de complexidade mais reduzida, aspecto que se depara com o mecanismo do poder e o problema de legitimidade:

[...] a adoção de resultados de uma seleção baseados apenas em decisões, é fato que carece de motivos mais especiais. A verdade de certas premissas de decisão só por si, não é suficiente para isso. Portanto, tem de se partir da hipótese de que, no procedimento se criem essas razões adicionais para aprovação das decisões e de que, nesse sentido, o poder gere a decisão e a torne legítima, isto é, que se torne independente, pelo imperativo exercido concretamente. Visto dessa forma, o objetivo do procedimento juridicamente organizado consiste em tornar intersubjetivamente transmissível a redução de complexidade – quer com a ajuda da verdade, quer através da criação do poder legítimo de decisão.¹³²

A legitimidade das decisões judiciais não se encontra na decisão última da série, mas no próprio procedimento, entendido como sistema de ação, por meio do qual os

¹³¹ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980, p.4.

¹³² Ibid.,p. 26-27 .

endereçados das decisões aprendem a aceitar uma decisão que vai ocorrer, antes mesmo da ocorrência.¹³³

É a síntese das posições de Niklas Luhmann por Tércio Sampaio, no prefácio da edição brasileira da obra do primeiro:

[...] sistema é para Luhmann um conjunto de elementos delimitados segundo o princípio da diferenciação. Os elementos, ligados uns aos outros, excluem outros elementos do seu convívio, formam em relação a estes um conjunto diferenciado. Todo o sistema pressupõe, portanto, um mundo circundante com o qual se limita. O mundo é, por hipótese o que não pertence ao sistema. Ora, se o sistema é um conjunto estruturado, o mundo é, em relação a ele, complexidade, isto é, um conjunto aberto e infinito de possibilidades. Ou seja, todo sistema é uma redução seletiva de possibilidades em comparação com as possibilidades infinitas do mundo circundante. Como as possibilidades selecionadas do sistema podem ou não ocorrer, diz-se que o sistema é sempre contingente. Aquilo que garante o sistema contra a contingência das possibilidades escolhidas é a estrutura do sistema. Nestes termos: a sociedade é um sistema de interações sempre ameaçados pela contingência; a sociedade escolhe interações baseadas, por exemplo, na reciprocidade, mas o indivíduo concreto, que faz parte do mundo circundante, introduz na sociedade a contingência de seu arbítrio. Aí aparece o Direito como uma das estruturas sociais que garantem as expectativas sociais contra a contingência a que estão sujeitas.¹³⁴

Para legitimar as decisões, o procedimento utiliza uma técnica de “neutralização das decepções”. A confrontação direta entre opositores é reduzida pela mediação dos sujeitos imparciais, tal como: juízes, promotores, serventuários, tendo por objetivo principal do processo o aspecto deste deixar de ser uma decisão favorável, em que procedimento cria no espírito de todos que o propósito deve ser a busca por uma decisão somente.

Cria-se entre as partes a ideia de lealdade processual, em que o conflito entre os litigantes é minimizado. Por meio dos atos processuais são estabelecidas as condições de aceitação de uma decisão final. Nessa esteira, não há um reconhecimento da decisão, mas sim a imunização da decisão contra decepções inevitáveis.

¹³³ “(...) admitida a participação das partes na construção do próprio rito, o potencial legitimante do procedimento seria catalisado, pois a conformação das partes se daria não só quanto ao resultado do processo, mas também quanto ao caminho nele adotado para se alcançar o resultado final. De certo o afastamento das iniquidades da rigidez procedimental contribuiriam para melhor aceitação do produto concebido após regular procedimento” (GAJARDONI, 2007, p 114).

¹³⁴ LUHMANN, 1980, p. 4.

Nesse diapasão, a função legitimadora do procedimento não resulta em produzir consenso, mas tornar inevitáveis e prováveis decepções em frustrações difusas, que se espalham ao longo de todo o procedimento.

Permeia sobre o procedimento a incerteza de qual decisão ocorrerá, mas se aceita tão logo se ingressa no feito, o aspecto de certeza de que uma decisão ocorrerá.

Os receptores da decisão judicial somente se comprometem a respeitar o resultado incerto da decisão, na esperança de poderem influenciar no mesmo. A pessoa que recebe a decisão tem de se inserir na exposição do procedimento, pois a decisão deve constituir para ela uma premissa de comportamento e deve alcançar o objetivo, pela aceitação como premissa de decisão.¹³⁵

A incerteza quanto ao resultado é essencial ao procedimento, uma vez que propicia aos participantes o incentivo necessário para contribuir com o progresso do procedimento, por meio das próprias tentativas de redução de complexidade¹³⁶, mantém-lhes vivas as esperanças e os conduz, por meio do caminho que, de acordo com as regras do processo jurídico, levará à decisão.¹³⁷ Por outras palavras, a incerteza motiva a aceitação do papel e, conjuntamente, também da relação desse papel, que absorve gradualmente a incerteza.¹³⁸

O processo jurídico assume a função de procura cooperante da verdade a partir de pontos de vista divergentes e funções de apresentação e decisão de conflitos, a

¹³⁵ LUHMANN, 1980, p. 92.

¹³⁶ "(...) se a verdade, numa síntese talvez insuficiente, não é senão a expressão rigorosa do real, ou, por outras palavras, algo logicamente redutível a uma correlação precisa entre 'pensamento e realidade', tomando este segundo termo em seu mais amplo significado, e não apenas como 'realidade fatural', forçoso é reconhecer que a adequação entre o mundo dos conceitos e o da realidade, mesmo nos domínios das ciências consideradas exatas, deixa-nos claros ou vazios que o homem não pode deixar de pensar. No fundo é esta a distinção kantiana essencial entre 'conhecer segundo conceitos' e 'pensar segundo ideias', isto é, acrescento eu com certa elasticidade, 'pesar segundo conjecturas'. De mais a mais, discutem até hoje os filósofos e cientistas no que tange a definição de verdade, e os conceitos que se digladiam não são mais do que conjecturas, o que demonstra que a conjectura habita no âmago da verdade, por mais que nossa vaidade de *homo sapiens* pretenda sustentar o contrário. (...) A teoria da verdade reduzir-se-ia, desse modo, a uma teoria das ficções conscientes e úteis, em função dos esquemas ideais com que o homem encapsula o real e o ordena segundo os seus próprios fins vitais, constituindo, ao mesmo tempo, uma lógica naturalista e operacional" (REALE, 1983, p. 17,18).

¹³⁷ "Uma vez caídas no funil do procedimento, as partes têm de se mover para chegar a uma decisão" (LUHMANN, 1980,p. 97).

¹³⁸ LUHMANN, op.cit.,p. 26, 27,46.

solução do conflito depende, necessariamente, da solução da controvérsia sobre a ocorrência ou não dos fatos relevantes.¹³⁹

Nessa tônica, o método probatório é concebido como mecanismo de obtenção de uma decisão justificada sobre a matéria de fato, como preceitua Marcelo Lima Guerra:

O simples fato de existir no juiz um estado psicológico de certeza acerca de determinada hipótese fática, não oferece nenhuma garantia de per se de que tal hipótese é efetivamente verdadeira (ou mereça ser aceita como tal). Como se vai demonstrar, em razão do dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais o juiz não pode se contentar em, intimamente, formar uma crença sobre qual das hipóteses conflitantes sobre os fatos da causa seria verdadeira e adotá-la como razão de decidir (como uma das premissas do raciocínio que fundamenta sua decisão para a causa). (...) Resulta daí que, diante de controvérsia de alegações relativas aos fatos relevantes para a decisão da causa, a mera convicção, como estado psicológico, não é suficiente. Deverá o juiz, portanto, produzir razões que justifiquem sua opção por esta ou aquela alegação como sendo a que ele aceita como verdadeira.¹⁴⁰

Desde a Antiguidade Grega, a decisão judicial tem sido concebida como fruto da vontade divina ou do soberano, em que o procedimento probatório não exerce a função legitimadora da decisão judicial. Diversamente, no processo democrático de direito, a busca da elucidação da matéria é fator essencial para a credibilidade das decisões, e isso é pressuposto da tutela jurisdicional efetiva dos direitos.

A busca por um conteúdo favorável é o que guia a atuação das partes. Ao julgador (em regra) são apresentadas duas versões sobre os fatos, assim a prova possui um caráter dialético. Nessa esteira, convém transcrever a lição de Marcelo Abelha Rodrigues:

Não por acaso, o legislador determina no art. 7º que é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório. A prova, portanto, é um desses instrumentos, decisivos no alcance da paz social. Ora, se a coisa julgada é fenômeno político de estabilidade e segurança jurídica, fruto de uma 'verdade jurídica' que muitas vezes não corresponde à realidade dos fatos, e às vezes por isso se diz que é

¹³⁹ LUHMANN, 1980,p. 45.

¹⁴⁰ GUERRA, Marcelo Lima. Premissas para a construção de um léxico constitucional e epistemologicamente adequado em matéria probatória. In: **XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Ceara: Anais eletrônicos, 2015. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4060.pdf>>. Acesso em 24 Jul. 2017.

fenômeno criador de direitos, não se pode negar que a prova no processo tem força capital, qual seja a de permitir que se alcance, com a convicção que dela resulta, um fenômeno que legitima a estabilização de uma decisão justa em relação ao fato de se dar razão a quem realmente a possui.¹⁴¹

A descoberta da verdade, nas palavras de Yarshell, é instrumento para consecução do escopo social do processo, “[...] em relação às partes, a prova quando apreciada e valorada no julgamento, cumpre apenas uma das finalidades tradicionais da motivação da sentença, que é a de convencer os destinatários do comando sobre o acerto da decisão”.¹⁴²

Na concepção de Luhmann, a função principal do procedimento, juridicamente organizado, é conferir legitimidade ao conteúdo decisório.

Para Zaneti, “o direito é complexo na sua aplicação, afastando reduções lógico-formais. [...] a ‘resposta’ depende do procedimento, se apresenta no curso do diálogo. [...] No processo, a pretensão de correção está no procedimento”.¹⁴³

Consigna Robert Alexy que a pretensão de correção não é só uma condição de êxito, mas também uma condição do jogo do processo:

Supongamos que las partes en un proceso civil se limitan a declarar sus respectivos intereses. No afirman que tengan un derecho, sino que piden meramente al juez una decisión que les sea ventajosa. Pretenden por todos los medios que el juez les sea favorable, solo que no con argumentos que aspiran a que la decisión solicitada por ellos sea correcta o justa. Si el juez toma parte en el juego y pronuncia un fallo como «otorgo una ventaja al Sf. N. porque es quien más favorablemente me ha predispuesto, a 10 que se jugaría no sería ya un de debate judicial, aun cuando todo tenga lugar en el marco institucional de un sistema judicial. Si el juez deja ciertamente hacer a las partes (pero no toma parte en el juego), decidiendo al final como si tuviese al Derecho valida por correcto, entonces el trata a las partes como personas que no han comprendido 10 que es un debate judicial y que, por ello, no pueden realmente participar en;¹⁴⁴ 1. Esto muestra que la

¹⁴¹ Rodrigues, Marcelo Abelha. **Manual de direito processo civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 538.

¹⁴² YARSHELL, 2009, p. 105.

¹⁴³ ZANETI JÚNIOR, 2007, p. 182.

¹⁴⁴ “Suponha que as partes em um processo civil se limitem em afirmar seus respectivos interesses. Não afirmam que eles têm o direito, mas apenas pedem ao juiz profira decisão que lhes seja vantajosa. Procuram por todos os meios que lhes dê uma decisão favorável, porém não com argumentos capazes de tornar a decisão correta ou justa. Se o juiz toma parte no jogo e oferece uma decisão como “conceder uma vantagem a Sf. N. quem mais favorável lhe seja disposto, que já não jogar qualquer um debate judicial, mesmo que tudo tem lugar no quadro institucional de um sistema judicial. Se o juiz permite que certamente fazer as partes (mas não participa no jogo), decidindo no final como se ele tivesse a lei válida para correta, então ele trata as partes como pessoas que não entenderam 10, que é um debate judicial e que, elio, eles realmente não podem

argumentación ante el juez no solo puede, sino que debe ser interpretada en el sentido de la teoría del discurso.¹⁴⁵

No contexto da legitimação das decisões judiciais e mesmo do direito, enquanto estrutura social, em que se pretende assegurar segurança e pacificação, o direito probatório exerce função primordial.¹⁴⁶

A pessoa do decisor tem de ser desligada da declaração, pois a decisão deve aparecer como uma consequência de normas e fatos.¹⁴⁷ A aplicação impessoal do direito é, portanto, uma parte integrante da legitimação da decisão.

A motivação da decisão se limita a demonstrar a sinceridade, penetrando na aplicação da norma jurídica com base nos fatos revelados ao longo do procedimento.

A decisão traz, em seu bojo, a reestruturação das expectativas, em que existe um efeito de aprendizagem por meio da decisão judicial. “[...] a pergunta é, porém, se este efeito de aprendizagem é orientado no processo e com respeito ao direito, incluindo a opinião pessoal dos participantes, ou se realiza após a decisão através de uma decisão desiludida”.¹⁴⁸

Depois da produção de prova é irrefutável que as partes alimentem expectativas diversas daquelas que antecedem a produção. Assim, a antecipação é um mecanismo que propicia aos interessados a oportunidade de que se submetam a um provimento jurisdicional, consciente das regras do jogo e da possibilidade de

participar; 1. Isso mostra que o argumento perante o juiz não só pode, mas deve ser interpretado no sentido da teoria do discurso”. (tradução nossa)

¹⁴⁵ ALEXY, Ronald. **Teoría de la argumentación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 318.

¹⁴⁶ Para poder apresentar uma história própria do processo jurídico, o comportamento dos participantes dentro dele tem de ser elegível e assim também atribuível. Os processos estão estruturalmente organizados de tal forma que realmente não determinam a ação, mas trazem-na, contudo, para uma perspectiva funcional determinada. Todas as comunicações, até mesmo uma declaração involuntária que contribua para o processo, são consideradas como informações que abrem multiplicam ou eliminam possibilidades, que definem os figurantes e o seu passado relevante e que tornam mais estreito o espaço de manobra da decisão (LUHMANN, 1980, p. 41).

¹⁴⁷ “Numa decisão de programação condicional trata-se apenas da verificação da existência efetiva de determinados fatos e de que se trata aí daquele sinal que, de acordo com o programa, deve ocasionar a decisão” (LUHMANN, 1980, p. 45).

¹⁴⁸ LUHMANN, 1980, p. 94.

resultados. Conseqüentemente, contribui para que a declaração do direito em concreto se aproxime o quanto possível da vontade da norma jurídica abstrata.¹⁴⁹

Os partícipes de uma demanda judicial não tendem a aceitar decisões nas quais não tenham tido condições de contribuir com a elucidação dos fatos.

A legitimidade das decisões, pelo procedimento judicial, é entendida como condição de que as partes têm de influenciar o julgamento, uma vez que cada ato processual possui uma simbologia e integra o diálogo entre as partes e o juízo.

Os meios de prova atuam como vertentes importantes no papel de legitimação, por meio deles as partes conseguem visualizar que a sentença não é fruto de arbitrariedade do julgador, mas de um debate racional que permeia todo o processo e que resulta em uma decisão imparcial, dada por um juiz equidistante dos sujeitos processuais.

Vê-se, portanto, que a conduta das partes dentro do procedimento judicial atua em um constante fator legitimador da decisão. Sendo certo que o procedimento de revelação da verdade das alegações de fato, neste incluindo a antecipação de provas, prevista no Código de Processo Civil de 2015, funciona como mecanismo de controle do espaço de manobra da decisão.

2.7 BREVE ANÁLISE DA ANTECIPAÇÃO DE PROVAS NO DIREITO ESTRANGEIRO

A produção de provas desatrelada ao julgamento estatal possui ampla previsão nos países da tradição *common law*, nessa linha se destacam a Inglaterra e os EUA.

Do sistema Inglês se extrai o instituto da *equity*, em que se divisa a origem da *discovery*, entendida inicialmente como providências para obter o interrogatório da parte contrária e o depósito de documentos relevantes para a controvérsia.¹⁵⁰

¹⁴⁹ LUHMANN, 1980, p. 110.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 72.

Atualmente, o sistema da Inglaterra trata do direito autônomo à prova, mediante a previsão do instituto da *disclosure* na fase *pre-action* e na fase *pre-trial*.¹⁵¹

Consoante sintetizado por Flávio Yarshell:

No século XX o processo civil inglês conheceu reforma estrutural com a edição do *Civil Procedure Act* de 1997 e das *Civil Procedure Rules* de 1998, em vigor a partir do ano seguinte. As mudanças se deveram ao reconhecimento dos elevados custos, do tempo excessivamente longo, da complexidade e do caráter 'adversarial' do mecanismo na forma até então vigente. Em linhas gerais, operou-se transferência do controle das controvérsias das partes (e respectivos advogados) para o juiz, portador do *caseload management* (CPF) – ou simplesmente case management – responsável pela direção da fase de pretrial. Às partes remanesceu a atribuição do dever de colaboração não apenas com o magistrado, mas também entre si: dever de fornecer informações antes da causa, de colaborar para composição da controvérsia e de contribuir para o rápido desenvolvimento do processo.

Alterou-se a tradicional disciplina da *discovery*, de tal sorte que a *standard disclosure* – nova terminologia então empregada – passou a ser admitida somente em relação a documentos sobre os quais a parte funda sua pretensão ou nos quais fundada a pretensão do adversário, excluídos outros, mais remotamente relacionados à controvérsia. O dever de revelação, ademais, deixou de ser automático, e passou a resultar de decisão do juiz, no exercício do já referido *case management*, havendo possibilidade, em controvérsias de maiores proporções, de se alargar a providência para extra *disclosure*, abrangente de documentos apenas indiretamente relevantes ou dos quais possam resultar fatos novos.¹⁵²

Sob a influência do sistema inglês, aos poucos, foram introduzidas regras da *Discovery* ao procedimento norte-americano. Tal instituto, na forma concebida, tinha por objeto a comunicação de documentos relevantes e a *deposition*, entendida como antecipação de prova testemunhal, conforme demonstra a doutrina:

A edição da *Federal Rules of civil Procedure*, em 1938, representou a consagração da *Discovery*, objeto de seu título V e existia como relevante

¹⁵¹ Em termos bastante resumidos, o sistema inglês permite que a parte, mediante a comunicação de que pretende demandar judicialmente direito relacionado à esfera jurídica da parte contrária, imponha a este outro sujeito parcial a revelação tanto de informações que tenham potencialmente (a) o condão de beneficiá-lo, como também de (b) prejudicá-lo mediante a revelação (b1) de dados que possam enfraquecer suas alegações, ou (b2) fortalecer os argumentos da parte contrária. A parte, portanto, não requer a apresentação de documento específico, e sim de todo aquele que puder guardar relação de relevância com a matéria objeto de futuro e eventual debate judicial. O descumprimento dos deveres relacionados à *disclosure* pode ser sancionado mediante a aplicação de penas relacionadas ao *contempt of court*. Apenas para que se tenha uma noção dos reflexos práticos das medidas ora destacadas, há notícia de que a utilização de tais mecanismos de produção e permuta de provas possibilitam o alcance de soluções autocompositivas mais de 60% dos casos em que utilizados os *pre-action protocols* do sistema inglês, por exemplo (LAUX; RODRIGUES, 2015, p. 485-486).

¹⁵² YARSHELL, 2009, p. 73.

procedimento em condições de oferecer maiores oportunidades de aumentar a eficiência da administração da justiça. Em sua concepção o instituto tinha como mecanismos: (i) as *depositions*, abrangentes de declarações da parte contrária e de terceiros, independentemente do *periculum in mora* e não perante o juiz, mas fora do processo com a presença de oficial público legalmente autorizado ou pessoa indicada pelo órgão judicial perante a qual o processo se desenvolvia; (ii) os *interrogatories*, mediante solicitação escrita, que podiam se a quaisquer temas abrangidos pela *Rule 26 (b)*, e o órgão judicial podia determinar que o interrogatório não precisava ser respondido até que a Discovery estivesse completa, ou que fosse designada uma *pretrial conference (Rule 16)*; (iii) apresentação de documentos ou coisas, ou permissão de acesso a lugares para que fosse feita inspeção, cópia ou teste, dentre outros (*'productions of documents and things and entry upon land for inspection and other purposes'*, *Rule 34*); (iv) exame físico ou mental de pessoas (*'physical and mental examinations of persons'* *Rule 35*; e (v) *request of admission*, pela qual uma das partes instalva o adversário, por escrito, a admitir a verdade de determinados fatos. [...] É certo que o instituto chegou na década de 70 do século passado com problemas.¹⁵³

As disposições elementares acerca do procedimento da Discovery são constantes de *Federal Rules 26* até *37*.

Ao longo do tempo se detectou que havia o exercício abusivo do direito, com sérias implicações no custo do procedimento, aliado à ineficiência, razão pela qual se verificou a necessidade de reforma do instituto, e “[...] foram estabelecidos limites quantitativos em relação a algumas providências de instrução, reforçou-se a participação do juiz, a quem as partes deveriam estabelecer um programa prévio à *pretrial conference*”.¹⁵⁴

O escopo do intuito inegavelmente é permitir o conhecimento das provas que a parte contrária detém, além de proporcionar a aquisição de novos elementos, que possam ser úteis para a demanda.

Podem ser destacadas três finalidades principais: preservação de informações importantes, que possuam risco de perecimento, fixação dos pontos controvertidos previamente por meio do conhecimento mútuo das provas e a descoberta dos meios de prova que possuem as partes, como oportunidade de montar estratégia, na

¹⁵³ YARSHELL, 2009, p. 75.

¹⁵⁴ FOLLE, Francis Perondi. A prova sem urgência no direito norte-americano: um exame do instituto da Discovery. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 204, p. 134, fev. 2012.p. 76.

medida em que, após o início do processo, cada uma das partes tem a possibilidade de efetuar a Discovery a respeito de documentos e informações da outra parte.¹⁵⁵

Michele Taruffo¹⁵⁶ tece severas críticas ao instituto da discovery, instituto que segundo ele reforça o modelo adversarial, no qual a elucidação dos fatos e obtenção de provas ocorre não para atingir a verdade, em sentido formal ou material, mas com o mero intuito de preparação tática para o julgamento:

Por lo que respecta más diretamente a lá búsqueda de la verdad es evidente que um elaborado sistema de Discovery permite a las partes ampliar su conocimiento acerca de los hechos de La litis; pero no se há dicho que esto aumente lá fairness Del debate (militando em cambio em sentido contrario las observaciones que se acabam de hacer) y por lo tanto es duboso que La ampliación de las Discovery devices a disposicion de las partes se traduzca se por di em uma mayor eficacia del adversary system como método procesal orientado hacia El descubrimiento de La verdad.¹⁵⁷

Sem embargo, o sistema funciona como mecanismo de prevenção das surpresas e emboscadas. Assim, os institutos funcionam como meio de conhecimento dos fatos, potencializando as chances de êxito se proposta à demanda. Com isso, o processo deixa de ser um jogo repleto de surpresas, para corresponder a debate racional, em que as partes exponham as alegações, as pretensões e as provas.

¹⁵⁵ “A discovery permite a colheita de provas antes da estabilização da demanda, delimitando melhor o litígio por meio da eliminação das questões não controvertidas e de provas desnecessárias para o julgamento. Ademais, a prévia investigação dos fatos muitas vezes leva ao acordo, parcial ou total, porque os litigantes conseguem avaliar com mais precisão as vantagens e desvantagens do julgamento. Por outro lado, a discovery aumenta o custo e o tempo do processo porque as partes podem requerer todos os tipos de informação pertinentes ao caso, desde que não esteja protegido por um privilégio. É comum que haja divergência quanto à pertinência da informação requerida com o caso e à suficiência da resposta aos pedidos de informações sobre os fatos” (ALMEIDA, 2013, p 149).

¹⁵⁶ TARUFFO, Michele. **El proceso civil adversarial en la experiencia americana: el modelo americano del proceso de connotación dispositiva**. Bogotá: Temis, 2008, p. 14.

¹⁵⁷ “No que diz respeito mais diretamente à busca da verdade é claro que um elaborado sistema de descoberta permite que as partes ampliem seus conhecimentos sobre os fatos do litígio; mas isso não significa aumento da imparcialidade do debate (militando em mudança em observações contrárias ao que acabam de fazer) e, portanto, é duvidoso que a extensão dos dispositivos de descoberta à disposição das partes resulte uma maior eficiência do sistema como uma descoberta orientada no método adversarial de descoberta da verdade”.(tradução livre)

As provas produzidas durante a Discovery são consideradas provas antecipadas, comparando-se ao ordenamento jurídico brasileiro, isso porque, somente com o encerramento da aludida fase, é estabelecido o objeto da demanda.

No Direito Alemão, o artigo 485 do ZPO reconhece além da possibilidade de produção de provas na hipótese de *periculum in mora*, também a antecipação diante de motivo razoável, especialmente, quando por meio da produção for possível alcançar a composição do litígio. O interessado na produção antecipada de prova poderá pleitear a instrução, mediante a apresentação de objeto pré-determinado e útil ao esclarecimento do fato com o intuito de evitar o processo principal.

Ocorre que, no direito alemão somente existe previsão para a produção da prova pericial, quando a antecipação de prova ocorrer em caráter não cautelar. O que restringe bastante a utilização da prova antecipada satisfativa.

O Código de Processo Civil Francês prevê o direito amplo a instrução antecipada em seu artigo 145, no qual estabelece que se existir um motivo legítimo para assegurar ou estabelecer, antes de iniciar o processo, a prova dos fatos dos quais possa depender a solução de um litígio, poderão ser ordenados os atos probatórios legalmente admitidos a pedido de qualquer interessado.

A leitura dos institutos correlatos nos ordenamentos estrangeiros permite ponderar que há pertinência da produção de prova como condição para esclarecimento dos fatos pelas partes e que esse esclarecimento pode contribuir para que busquem a solução consensual.

A ruptura da ideia de que os elementos de prova têm como destinatários unicamente o convencimento do juiz, limitando a instrução probatória ao procedimento realizado nos autos do processo destinado a declaração do direito, que aproxima o direito probatório pátrio aos países de tradição *common law*. Primeiro, os elementos de prova incidem sobre as partes, que ao analisarem extraem os elementos de convicção para decidir ou não pelo ajuizamento da ação, para escolher a via processual adequada a tutela do direito, ou até mesmo para formar a estratégia de defesa ou ataque pertinente ao cenário probatório.

Em face de todo o exposto, com foco de conclusão do capítulo se pode constatar que a ação probatória autônoma, nos termos apresentados no Código de Processo Civil de 2015 é mais um instrumento, que pretende facilitar a efetivação dos direitos, evitar a litigiosidade e propiciar que se a proposta e a demanda impliquem a riqueza do acervo probatório, que viabilize o julgamento adequado do mérito.

Além disso, partindo da teoria de legitimação pelo procedimento de Luhmann, o amplo acesso das partes aos elementos de prova atua, também, como mecanismo de legitimação das decisões judiciais, sem cogitar que o processo tenha como fim a verificação da verdade, mas que o prolator da decisão deve permitir que, por meio do procedimento jurídico, as partes aceitem as decisões, na medida em que participam de formação, por meio de uma série de condutas pré-estabelecidas, incluindo-se a produção de provas.

3 PROCEDIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE PROVAS

O procedimento de antecipação de provas se encontra disciplinado no artigo 381 do CPC. A relevância da prova, no esclarecimento de determinadas questões, aliada à utilidade de que uma definição a respeito desta vincule as partes justifica que diante da observância dos pressupostos legais, a prova se torne o próprio objeto de um processo jurisdicional. As hipóteses dos incisos II e III tratam da produção de prova requerida antecipadamente, pela qual o autor da medida pretende esclarecer a respeito de determinado fato, independente do perigo de perecimento do elemento de prova.

Nesses termos, o ordenamento atribui tamanha autonomia ao direito à prova que o objeto da ação passa a ser unicamente a produção desta:

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 assegurar de prova, quando da produção antecipada de prova, impõe-se cogitar do respectivo objeto. E, por se cuidar de pretensão (a) 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. Em outras palavras, todos os meios de prova lícitos são passíveis de constituição autônoma.¹⁵⁸

O procedimento de produção antecipada de provas sem o requisito da urgência é o reconhecimento de que as partes têm, em relação às provas, não apenas como uma faculdade estritamente instrumental e intrínseca ao processo, mas também direito à produção e à constatação de regular produção, em razão da possibilidade de avaliar as chances efetivas, em uma futura e eventual disputa litigiosa, em estimar os custos de tal litígio e mesmo buscar a solução do conflito pelas vias não judiciais.

A nomenclatura adotada pelo Código é discutível, pois considerando que o procedimento de produção de provas poderá desestimular o ajuizamento de uma

¹⁵⁸ ASSIS, 2015.

ação, sendo a legitimação do direito autônomo à prova do qual não se exige a demonstração da pretensão do ajuizamento de uma futura demanda, a rigor não se mostra adequada a utilização do termo “antecipada”, teria sido melhor conceituar como ação probatória autônoma, somente, sem referência ao termo antecipação que remete a ideia de necessária instauração de uma demanda futura, contrariando a característica precípua de autonomia do procedimento.¹⁵⁹

Araken de Assis considera a existência de três pretensões diversas no procedimento de produção antecipada de provas:

Cumpra organizar o tema tendo em vista que a prática se encarregou de evidenciar espaço próprio para as seguintes pretensões: (a) a pretensão à assecuração de prova,¹⁶⁰ em que há urgência, mas ainda não se produz, tecnicamente, a prova, e por esse motivo tem natureza cautelar (segurança para execução); (b) a pretensão à produção antecipada de prova, também baseada na urgência, em que se produz a prova perante o juízo habilitado a admiti-la, e que tem natureza satisfativa (execução para a segurança); (c) a pretensão à constituição da prova, *tout court*, de caráter autônomo e satisfativo, mediante a qual o interessado quer inteirar-se de certo fato por razões de conveniência, sem qualquer relação direta e necessária com processo pendente ou futuro. Essas espécies correspondem, em termos, aos incs. I, II e III do art. 381. Porém, o inc. II do art. 381 é inexpressivo, além de tomar o efeito – viabilização da autocomposição – pela causa. Por sua vez, o art. 381, I, tende a tratar conjuntamente as pretensões (a) e (b).

O procedimento previsto em lei para a produção antecipada de provas é bastante simples, para proporcionar a obtenção do direito almejado no menor tempo possível.

3.1 OS REQUISITOS ESPECÍFICOS DE ADMISSIBILIDADE

Pela exegese dos dispositivos legais, que regulam o direito autônomo à prova, é possível extrair que não há intenção de impor critérios rígidos ao exercício do direito, o instituto é dotado de ampla margem de possibilidades.

Para admissibilidade do procedimento de produção antecipada de provas é essencial que esteja presente necessidade de antecipar-se a prova para alguns dos objetivos traçados pelo artigo 381: para evitar a impossibilidade de realização futura

¹⁵⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. (livro eletrônico) São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015.

¹⁶⁰ ASSIS, 2015.

(inciso I); para viabilizar a autocomposição ou outro meio apropriado de solução de controvérsia (inciso II); ou para conhecimento prévio dos fatos que possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação (inciso III).

A princípio, qualquer prova que conduza ao esclarecimento de circunstâncias fáticas é apta a desestimular o ajuizamento de uma demanda infundada e inviável ou servir como incentivo para adoção de meios alternativos de solução de conflitos. Nesse sentido, as hipóteses de cabimento ampliam bastante o campo de incidência da ação probatória autônoma.

O Novo Código reconhece os riscos ou os 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 de não demandar, é justo que o interessado se certifique da realidade da situação fática, em que se acha envolvido. Obtendo provas elucidadoras previamente é possível evitar demanda temerária ou inadequada a real situação da controvérsia.

Como requisito para a ação probatória autônoma deverá o interessado, indicar, com precisão, os fatos sobre os quais a prova há de recair (CPC. artigo 382), exige-se um substrato fático coerente com a medida que se quer ter produzida, sob pena da prova ser imprecisa e, conseqüentemente, imprestável ao esclarecimento de qualquer fato.

Mais do que isso, por força da natureza jurídica da ação probatória, o pedido deve ser determinado no momento da propositura, o que exige a especificação do meio de prova e dos fatos objeto da instrução.

Para Daniel Neves, os requisitos previstos no caput do artigo 382: “parecem ser exigidos para que o juiz possa analisar o interesse de agir do autor, tanto pelo aspecto da necessidade quanto da adequação”.¹⁶¹

Nesse sentido, a correspondência entre os fatos que pretende apurar e o meio de prova de que pretende se valer é necessário para que o juiz consiga extrair um juízo positivo acerca da necessidade/adequação da prova. Portanto, a deficiência da narrativa fática, comparada com a produção da prova dentro do processo destinado à declaração do direito material e que poderá prejudicar o juízo de admissibilidade e relevância da prova.

Ao admitir o procedimento, o juiz realizará o juízo de admissibilidade e relevância da prova pretendida, a admissibilidade é lastreada em critérios jurídicos de escolha dos elementos probatórios, que podem ingressar no processo, com o intuito de assegurar a validade e a eficácia da prova produzida.¹⁶² A relevância, por sua vez, permite: “indagar se a prova é capaz de oferecer os elementos de cognição úteis para o acerto dos fatos”.¹⁶³

Nessa análise, pela amplitude das hipóteses de cabimento da ação probatória autônoma restará ao juízo o exercício do controle de admissibilidade da prova pretendida.

Ao pleitear a antecipação de provas, o autor não precisará indicar a ação “principal” a ser proposta, pois de acordo com o disposto no artigo 381, inciso II e III, poderá acontecer da ação nem ser proposta.

¹⁶¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 676.

¹⁶² O reconhecimento da existência de um direito constitucional à prova implica a adoção do critério da máxima virtualidade e eficácia, o qual procura admitir todas as provas que sejam hipoteticamente idônea a trazer elementos cognitivos a respeito dos fatos da causa, dependentes de prova, procurando excluir as regras jurídicas que tornem impossível ou excessivamente difícil a utilização dos meios probatórios. Esse critério amplo está calcado na pretensão de justiça assegurada no princípio constitucional do Estado Democrático de Direito (CAMBI, 2006, p. 35).

¹⁶³ CAMBI, 2006, p. 263.

Todavia, em que pese não se exigir a conformação de uma futura demanda ligada ao direito a produção antecipada de provas, a doutrina adverte sobre a necessidade de evidenciar o interesse de agir na produção da prova, conforme preceitua Yarshel:

Então, quer porque a prova antecipada se dirige às partes na consideração do processo declaratório, quer porque, não havendo solução de autocomposição, a prova tenderá a servir ao juiz no julgamento da controvérsia propriamente dita, é imperativo verificar se, a priori e mesmo em tese, já não é possível detectar a inviabilidade do processo cujo objeto é a declaração. E se isso for efetivamente detectado, não há razão para fazer prova acerca de fatos que, nem mesmo em tese, podem conduzir a um resultado favorável ao demandante. E, não havendo razão para provar, naturalmente não haverá razão para antecipar uma prova que se revele, desde logo, inútil.

Mas, o indeferimento da prova antecipada sob tal fundamento deve ser feito com grande cautela, justamente para que não se impeça o autor de apurar fatos que, se e quando adequadamente revelados, poderiam superar sua suposta falta de razão no plano substancial.¹⁶⁴

Nesse sentido, restrições ao direito à prova nos moldes preconizados podem advir da falta de interesse, no caso concreto, a exemplo de alguém que pretenda produzir prova de fato notório, ou de provar fatos dos quais não é possível se extrair consequências jurídicas, conforme adverte a doutrina.

Apesar do direito à prova nos contornos delimitados no Novo Código não demandar um rol de requisitos rígidos e, por sua natureza, dispensar a demonstração do intuito de ajuizamento de uma ação principal, os interessados não estão autorizados a demandar, de forma temerária, sem que ao menos, em tese, a prova produzida se preste a demonstração de fato, do qual se possam extrair consequências favoráveis ao interessado. A jurisdição não pode ser invocada para realização de diligências inúteis e inservíveis para qualquer fim jurídico.

A precisão adequada dos fatos se faz necessária, especialmente, em face do princípio do contraditório, pois diante da especificação clara dos fatos sobre os quais a prova incidirá, o réu terá condições de formular quesitos ou perguntas às testemunhas, processando a medida bilateralmente em respeito ao interesse probatório do réu.

¹⁶⁴ YARSHEL, 2015, p. 983.

O direito autônomo à prova, na medida em que não se subordina a qualquer processo futuro não há restrição ou incompatibilidade dos meios de prova lícitos com essa pretensão. Portanto, todos os meios de prova lícitos são passíveis de constituição autônoma.

3.2 LEGITIMIDADE

A parte autora no processo que visa antecipação de provas será quem pretenda extrair consequências jurídicas com o esclarecimento de fatos, sendo exigida a demonstração de interesse jurídico condizente com a medida.

Em que pese não ser exigido que o autor indique para qual eventual demanda futura essa prova se destina, a titularidade da ação declaratória pode servir como baliza para se aferir a legitimidade no procedimento de instrução antecipada.¹⁶⁵

Ressalte-se que: “[...] para legitimar-se ativamente para a produção antecipada, é irrelevante a posição que o sujeito ocuparia no eventual e futuro processo em que usaria a prova: autor, réu, terceiro interveniente”.¹⁶⁶

Depreende-se que o interesse processual e a legitimidade são umbilicalmente ligados, uma vez que este interesse está autorizado a pleitear a antecipação para a pessoa que dela possa extrair utilidade na perspectiva do plano material, raciocínio que também se aplica para a parte contrária da demanda, que visa antecipação.

Basta que apresente, em requerimento, razão suficiente.

As pessoas que, no hipotético processo principal, não ostentariam a qualidade de partes principal, mas titulam interesse jurídico compatível, dependente (v.g., o sublocatário) ou até incompatível com o objeto litigioso de semelhante causa, também têm legitimidade ativa para assegurar, produzir e constituir prova. Por exemplo, o segurador poderá realizar vistoria, resguardando a prova para a futura ação de regresso contra o causador do dano ao segurado. O exemplo recorrente, haurido de conspícua fonte portuguesa, de pretensão do legatário de assegurar exame da capacidade mental do testador, perante os herdeiros necessários,

¹⁶⁵ Embora não seja possível afirmar peremptoriamente que titulares do direito à prova são, sempre e invariavelmente, os titulares do direito de ação declaratória (em sentido lato), essa titularidade é referência para a determinação de quem pode demandar e ser demandado (YARSHEL, 2015).

¹⁶⁶ WABIER; TALAMINI, 2016.

atalhando futura impugnação do testamento com esse fundamento, não é asseguração promovida por hipotético terceiro, mas pelo futuro réu.¹⁶⁷

Por outro lado, legitimam-se, passivamente, a pessoa perante a qual a prova surtirá efeitos ou pode produzir efeitos.

O interessado na produção de prova deve assegurar que todos os possíveis titulares da relação substancial participem do processo, sob pena de ineficácia da prova. A prova produzida em respeito ao contraditório será um dado, que se imporá às partes.

Porém, cabe ressaltar os casos, nos quais não é possível ao autor indicar, desde logo, a pessoa perante a qual pretenda assegurar ou constituir a prova, nesses casos é lícito ao interessado pleitear a produção de provas, mesmo em face de sujeitos indeterminados:

É admissível, no direito pátrio, a asseguração de prova perante *incertam personam*. Por exemplo, a pessoa que sofreu lesão pessoal em acidente de trânsito provocado por veículo desconhecido pode ter interesse em submeter-se a exame, provando a existência e natureza da lesão, preservando a prova hábil desses fatos até o momento em que, identificado o autor do dano, promova a ação de reparação de dano.¹⁶⁸

Segundo o § 1º do artigo 382 do Novo CPC, o juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova, salvo se inexistente caráter contencioso.

Todavia, visando produção de provas, em caráter autônomo, cabe ao autor a delimitação do polo passivo, a citação de ofício viola o princípio do dispositivo, considerando que o ordenamento jurídico pátrio não admite a circunstância de o juiz incluir réus no processo, independente da vontade do autor.

Na hipótese de necessidade de produção antecipada de provas, quando ainda não é possível conhecer o sujeito passivo, seria possível cogitar que a parte demandante formule pretensão de citação genérica dos interessados, hipótese na qual o juízo ponderando as circunstâncias específicas do caso poderia determinar a citação por

¹⁶⁷ ASSIS, 2015.

¹⁶⁸ Ibid.

edital de interessados na circunstância fática sobre a qual a parte autora pretende o esclarecimento.

A delimitação do polo passivo é providência que incumbe ao autor, a prova produzida sem o conhecimento do adversário é despida de valor, a presença de todos os interessados no procedimento probatório antecipado qualifica a prova, ampliando as chances de esclarecimento dos fatos.

No mais é admissível que o juízo determine que a parte autora, diante da deficiência da especificação do polo passivo, emende a inicial para especificação dos sujeitos interessados, sob pena de ineficácia da produção de provas, já que a ausência de contraditório tornará inócua a produção de prova com caráter contencioso.¹⁶⁹

A legitimidade passiva no modelo de ação probatória autônoma não difere da legitimidade presente na antiga ação cautelar de produção antecipada de provas, sendo que não é justificável a previsão de citação de ofício de interessados na produção de provas.

Em relação à possibilidade de litisconsórcio, Yarshel considera que se a situação material “[...] envolver, por seus próprios termos e peculiaridades, uma pluralidade de sujeitos, a busca e a pré-constituição da prova há que ser dirigida, salvo exceção devidamente justificada, a todos eles”.¹⁷⁰

Nesse sentido, o procedimento de produção antecipada de prova não é incompatível com a formação de litisconsórcio, mas caso exista uma pluralidade de sujeitos interessados na produção da prova, a pretensão deve incluir todos os interessados, sob pena de ineficácia da prova em face do interessado que deixou de integrar o processo.

¹⁶⁹ NEVES, 2016, p. 676-677.

¹⁷⁰ YARSHEL, 2015.

3.3 INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

Conforme dito no tópico anterior, deverá figurar no polo ativo da demanda a pessoa que pretenda extrair interesse jurídico com a produção da prova, no polo passivo por sua vez deverão figurar todos aqueles que podem ser, direta ou indiretamente, afetados pelo interesse jurídico do sujeito ativo.

Conseqüentemente, não é possível o chamamento ao processo e denunciação da lide, pois no caso não há julgamento de mérito em relação ao direito material que se relaciona à produção de prova. Assim, se o autor do procedimento antecipado de prova deseja na potencial demanda futura pleitear denunciação ou chamamento deverá desde logo incluir o futuro chamado ou denunciado no polo passivo, sob pena da prova não surtir qualquer efeito em face das partes, que deveriam ter figurado no processo de antecipação.

O mesmo raciocínio se aplica ao réu, que diante da pretensão antecipada de provas deverá ponderar sobre a necessidade da demanda futura, em sua defesa, e se serão apropriadas tais modalidades interventivas, se a resposta for positiva cumpre requerer ao juiz que, desde logo, cite o futuro chamado ou denunciado. Uma demanda envolvendo acidente de trânsito ilustra bem a situação, se o requerido pretende alegar na potencial demanda principal a denunciação à lide da seguradora, deverá pleitear ao juízo da antecipação de provas a intimação da mesma para que participe da prova a ser produzida.

É possível a assistência na produção antecipada. O terceiro que tem a perspectiva de assistir uma das partes, no futuro processo principal, pode igualmente assisti-la no processo de antecipação da prova, mesmo raciocínio aplicável para a intervenção de *amicus curiae*, que poderá trazer subsídios técnico-científicos relevantes para a produção probatória.

A produção antecipada pode servir para reunir subsídios para respaldar pleito de desconsideração de personalidade societária a realizar-se, incidentalmente, em futuro processo, mas nesse caso, o sócio e a pessoa jurídica que seriam atingidos pela desconsideração devem participar desde logo da medida de produção antecipada, sob pena de a prova não poder ser depois utilizada.

Nesse diapasão, as espécies de intervenção compulsória não se harmonizam com as finalidades da produção antecipada de prova. Embora autônoma, ou figuram como réus as pessoas perante as quais o promovente da medida pretende que ela surta efeitos plenos, ou podem intervir como assistentes.

3.4 COMPETÊNCIA

A competência para a produção antecipada da prova será do juízo do foro no qual esta deva ser produzida, tal hipótese privilegia o princípio da eficiência, uma vez que o procedimento será desenvolvido no local de acesso aos elementos de prova. A competência atrelada ao local da produção de prova favorece a efetividade da medida, atendendo ao escopo da celeridade do procedimento.

Não obstante, o diploma legal ainda autoriza o ajuizamento da ação no foro de domicílio do réu (artigo 381, § 2º).

A competência do domicílio do réu em que pese favorecer o contraditório resultará em um procedimento moroso diante da possibilidade se desenvolver mediante carta precatória, como pontua Daniel Neves:

O § 2.º do art. 381 do Novo CPC prevê um foro concorrente de competência para a ação: foro do domicílio do réu ou local em que a prova deva ser produzida. Trata-se de foros concorrentes, a escolha do autor, o que se mostra uma infeliz opção do legislador porque o único foro competente deveria ser o do local de produção da prova. Ainda que entenda ser infeliz a opção do legislador, e que a opção pelo domicílio do réu poderá ensejar um processo que substancialmente tramitara por meio de carta precatória, discordo da doutrina que defende ser tal foro excepcional, admitindo-o somente quando a prova a ser produzida for o depoimento pessoal do réu, o que, na realidade, revogaria parcialmente o dispositivo legal na prática.¹⁷¹

No que tange à competência funcional, importante observar a natureza dos interessados e da matéria relativa à pretensão ou defesa para a qual a prova será relevante.

Assim, se a produção probatória que se pretende antecipar é pertinente para um atual ou potencial litígio trabalhista, a competência para a medida é da Justiça do

¹⁷¹ NEVES, 2016, p. 673.

Trabalho (CF/1988, artigo 114). Se a providência é pleiteada pela União, autarquia ou empresa pública federal, em princípio, a competência é da Justiça Federal (CF/1988, artigo 109, I).

Todavia, a justiça estadual tem competência para produção antecipada de prova requerida em face da União, entidade autárquica ou empresa pública federal se, na localidade, não houver Vara Federal, conforme dispõe o artigo 381, § 4º do CPC.

Consoante dicção do art. 381, § 3º do CPC a produção antecipada não previne a competência do juízo para a ação que, eventualmente, se venha a propor com utilização da prova antes produzida, isso porque não há valoração da prova, não há apreciação do mérito da demanda potencial, sendo regra inerente à autonomia do procedimento de produção de provas.

No que tange à prevenção, a diretriz preconizada no artigo 381, § 3.º, era a da Súmula nº 263, do extinto TFR, segundo o qual: “A produção antecipada de provas, por si só, não previne a competência para a ação principal”.

Daniel Neves chama atenção para um aspecto importante ligado à prevenção, pois segundo entende o doutrinador, sendo a prova produzida na mesma competência territorial seria sustentável a tese de prevenção da vara, que produziu a prova antecipadamente:

Entendo que a incidência ou não do fenômeno da prevenção dependa, fundamentalmente, do foro que for considerado competente para conhecer o processo probatório e o foro competente para o processo que eventualmente venha a seguir. Se houver identidade de foros, e ate possível - e aconselhável - falar em prevenção do juízo da ação probatória para conhecer a ação principal, ou seja, se ambas as demandas, pelas regras de competência, forem propostas perante a mesma Comarca ou Seção Judiciária, será possível defender que a vara que produziu a prova antecipadamente esteja preventa para conhecer e julgar o processo principal. Essa visão permite, se não houver mudança do juiz, respeitar o princípio da imediatidade, não havendo justificativa plausível na distribuição livre, dentro da mesma competência territorial, do processo principal¹⁷².

Com efeito, a coincidência do juízo, no qual se desenvolveu a produção antecipada de provas com o competente para apreciar a ação principal seria salutar para o mais adequado julgamento do mérito, a valoração da prova pelo mesmo juízo no qual se

¹⁷² NEVES, 2016, p.378.

desenvolveu a produção seria, de fato, benéfica, privilegiando-se, assim, princípios da imediatidade, da identidade física do juiz.

3.5 PETIÇÃO INICIAL

O procedimento disciplinado para antecipação de provas é bastante simplificado. O autor postulará a providência por meio de petição inicial revestida dos requisitos gerais do artigo 319 do CPC, somado aos requisitos do artigo 382, *caput*.

Compete ao autor individualizar e qualificar as partes, “[...] formular o pedido de produção antecipada de certo meio de prova, indicar o valor da causa (de regra, inestimável) e requerer a citação do(s) interessado(s) por um dos meios admissíveis para contestar”.¹⁷³

Na exordial, dada a concentração de atos e simplicidade procedimental, o autor do pedido já deve praticar todos os atos necessários para produção da prova, ou seja, sendo a prova requerida de natureza testemunhal já se impõe o dever de indicar o rol de testemunhas e, sendo pericial, já indique os quesitos, bem como o assistente técnico.

A medida de antecipação de prova admite a cumulação simples de pedidos, ou seja, que se requeira a colheita de várias provas antecipadamente, desde que todas se relacionem ao mesmo fato e que não acarretem excessiva demora ao procedimento capaz de desnaturar o objetivo da ação autônoma, nos termos do artigo 382, § 3º do CPC.

Daniel Neves critica a limitação, uma vez que a acumulação de meios de prova no qual se opera pelo juízo homologações parciais das provas produzidas não traria prejuízo para a celeridade.¹⁷⁴

Em face da cumulação de pedidos de produção de provas, o juiz deve avaliar o efetivo ganho de tempo com a produção antecipada e com a produção na fase probatória da ação, que discute o fato: pode ser que o simples fato de uma prova

¹⁷³ ASSIS, 2015.

¹⁷⁴ NEVES, 2016, p. 377.

difícil e longa ser produzida, em conjunto com a de outro fato conexo seja um ganho de tempo, por evitar novo deslocamento de testemunhas, novo trabalho do perito etc.

Diante da pretensão de produção de diversos meios de provas, tais considerações deverão ser sopesadas pelo juiz, levando em conta o princípio da eficiência e economia processual.

3.6 RESPOSTA DO RÉU

Sob a égide do CPC/1973, a jurisprudência já admitia defesa em produção antecipada de prova, ainda que fosse restrita em impugnar a existência do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, bem como a falta de condições da ação e de pressupostos processuais.

Sendo o processo de produção antecipada de provas uma regra de flexibilização de procedimento, no qual a prova é produzida fora do contexto usual da fase de conhecimento do processo destinado para declaração de direitos, não poderá ser efetivada com menos direitos fundamentais processuais que o desenvolvimento no momento próprio é capaz de proporcionar.

Em suma, se a prova produzida nos limites do processo no qual se discute o direito substancial existe contraditório útil, não é aceitável no modelo constitucional de processo que a produção em rito apartado ocorra sem oportunidade de a parte requerida influenciar na decisão, que admite e homologa a prova. É necessário que o grau de contraditório seja tão intenso quanto poderia ser, se a prova fosse produzida no processo destinado a declaração do direito.

Sobretudo, porque a ausência de defesa poderá provocar irreparáveis prejuízos ao demandado sem qualquer benefício à validade da prova.

O artigo 865 do CPC de 1973 não admitia defesa ou recurso no processo de justificação, por ser a justificação processo de jurisdição voluntária, no qual aquele

que tem interesse apenas obtém a prova para resguardar seus direitos, não se vislumbrando prejuízo perante ausência de apresentação de defesa.¹⁷⁵

O artigo 382, § 4º reproduz, em parte, a norma do Código anterior ao explicitar que "não se admitirá defesa ou recurso" no processo de produção antecipada, todavia, a previsão contida no mencionado dispositivo parece deslocada do Código que visou efetivar todo um arcabouço de garantias e princípios constitucionais inerentes ao processo, sobretudo por estabelecer normas que exigem contraditório em sentido substancial, contendo exigência de contraditório útil, efetivo e prévio.

A defesa do réu não pode ser limitada à participação no procedimento probatório em si, o que permitirá a este somente contraditar uma testemunha ou formular quesitos ao perito judicial, a norma resulta em limitação ao direito fundamental de defesa e contraditório. Deve ser assegurado a possibilidade de influir na decisão que defere a produção antecipada de provas.

Na verdade, o contraditório¹⁷⁶ não se forma se não estiverem presentes três elementos: ciência de um ato processual, oportunidade para manifestação com demonstração de correção das alegações nesta contidas e consideração judicial.¹⁷⁷

Ao que parece, de forma irrefletida, sem sopesar a dimensão e o potencial da ação probatória autônoma reproduziu-se, em parte, o artigo do Código anterior, que limitava a defesa no procedimento de jurisdição voluntária. Por tais razões, o dispositivo exige interpretação que o livre da inconstitucionalidade por violação ao artigo 5º, incisos XXXVI, LIV e LV da Constituição.

A produção antecipada de provas, mesmo quando há urgência na produção possui caráter contencioso, o que resulta na ausência de eficácia da prova produzida sem participação da parte interessada e, certamente, invalidade na hipótese de não ser possível ofertar defesa referente à admissibilidade do procedimento.

¹⁷⁵ Assim, "na produção antecipada de provas, o réu pode contestar a necessidade de antecipação ou indicar as contraprovas que pretende acautelar. Nessa última hipótese produzem-se, num só processo, provas que poderiam ser produzidas em dois processos cautelares distintos, com inversão da posição processual das partes" (TESHEINER, 1974, p. 211).

¹⁷⁶ "[...] O respeito ao princípio do contraditório deverá ser integral, da propositura, passando pela admissão e pela produção e se encerrando na valoração da prova produzida" (NEVES, 2016, p.101).

¹⁷⁷ FERREIRA, 2014, p. 45.

Partindo de tal premissa, o direito à prova está sujeito às restrições que decorrem da necessidade que o ordenamento jurídico tem de tutelar outros valores e interesses igualmente dignos de proteção. O direito à prova não é absoluto, comportando limitações jurídicas (que ocorrem pelo crivo do juízo de admissibilidade, cuja finalidade é a proteção de outros valores fundamentais) e lógicas (por intermédio dos juízos de relevância e de pertinência, que almejam proporcionar a economia e a celeridade processuais, evitando a perda de tempo e a confusão no raciocínio do juiz).¹⁷⁸

A produção de provas é suscetível de provocar violações a direitos, igualmente tutelados, pelo ordenamento jurídico, tais como: intimidade¹⁷⁹, sigilo e privacidade. Diante disso, o exercício desta situação não pode ser irrestrito, sem que a parte demandada tenha tido condições de reagir à postulação.

Considerando que no processo autônomo de produção de provas o juízo não se manifestará sobre: a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas por força do § 2º do artigo 382, deve ser assegurado ao sujeito que figure no polo passivo da instrução antecipada, a possibilidade de se manifestar sobre a admissibilidade da prova e mesmo da ação por ausência de algum dos requisitos legais, além de incompetência do juízo, falta de interesse ou legitimidade.

Não há dúvidas de que o juiz detém poder para, mesmo de ofício, controlar (i) defeitos processuais, (ii) a ausência dos pressupostos da antecipação probatória e (iii) a admissibilidade e validade da prova. Logo, o requerido tem o direito de provocar decisão do juiz a respeito desses temas. A suposta proibição de defesa deve ser compreendida apenas como: (a) ausência de uma via específica para formulação de contestação e (b) não cabimento de discussão sobre o mérito da pretensão (ou defesa) para a qual a prova pode servir no futuro.¹⁸⁰

¹⁷⁸ CAMBI, 2006, p. 38.

¹⁷⁹ Barbosa Moreira ressalta a propensão do processo civil em causar ofensa a intimidade: “Cumpra agora considerar o processo civil não mais como instrumento de tutela do direito à preservação da intimidade, mas como ocasião de risco para esse mesmo direito. É intuitiva a permanente ocorrência de semelhante perigo ao longo da atividade processual. Quanto ao processo de conhecimento, basta pensar que ele cuida, em grande parte, de apurar fatos, a fim de aplicar-lhes a norma jurídica pertinente; logo se percebe que a essa apuração é inerente a possibilidade de invasão, intencional ou casual, da esfera íntima de mais de uma pessoa” (MOREIRA, 1980, p.7).

¹⁸⁰ WABIER; TALAMINI, 2016.

Nesse diapasão, harmoniza-se com o princípio do contraditório a interpretação que considera que a parte requerida poderá se manifestar, ainda que não sobre a forma de contestação, mas sobre simples petição sobre os aspectos processuais ligados a produção de provas.

Ademais, o artigo 382, § 3º, autoriza os interessados a produzirem qualquer meio de prova, com base nessa previsão, o réu poderá apresentar reconvenção, podendo pedir produção de prova sobre o fato indicado pelo autor na petição inicial, seja do mesmo meio de prova indicado na exordial ou meio diverso circunscrito ao mesmo fato.

A vedação a defesa e ao recurso é capaz de violar o princípio da isonomia, uma vez que o réu fica em nítida desvantagem em um procedimento, no qual não tem idênticas oportunidades de influir nos resultados, uma vez que fornece ao autor a oportunidade de pleitear providência de instrução com possibilidade de recurso de improcedência total, mas retira do requerido oportunidade de se manifestar antes da tomada da decisão e a possibilidade de recorrer em qualquer caso.

Assim deve ser entendido o princípio da isonomia: igualdade de oportunidades para as partes, e aos terceiros a ela equiparados, de apresentarem as suas pretensões, manifestações e provas, sem desvantagens em relação ao *ex adverso*, em consonância com o *caput* do art. 7º do CPC/2015.

O exercício do direito de defesa será imprescindível para legitimidade da ação probatória autônoma. Assim, quando citado, o réu tem direito de apresentar defesa contra o exercício da pretensão à constituição de prova, sendo a interpretação que harmoniza o instituto com os valores do processo democrático e com o conteúdo substancial do devido processo legal.

Diante do exposto, tem-se que a duração razoável do processo e a sumariedade do procedimento de antecipação de provas não pode ser obtida mediante sacrifício de direitos fundamentais dos litigantes.

3.7 SENTENÇA

Na ação probatória, a sentença possui natureza homologatória, por meio do provimento jurisdicional, o juízo reconhece a regularidade da prova produzida e constitui a prova para um juízo subsequente, nessa medida se atribui eficácia aos elementos coligidos, sendo apta a produção de efeitos na condição de prova judicial.

A valoração da prova será realizada pelo juiz da causa principal, observando-se a natureza da prova produzida apesar de todas as modalidades se apresentarem no processo principal de forma documentada:

A coleta de depoimentos ou realização de laudos periciais em procedimentos antecipatórios não mudam a natureza da prova realmente feita, transformando-as em prova documental. Os depoimentos continuarão sendo prova oral e o exame continuará sendo prova pericial. Nunca, de documental.¹⁸¹

De posse da prova produzida, de forma autônoma, o magistrado poderá até determinar o complemento, o esclarecimento ou, quando possível e estritamente necessário, a repetição.

Tendo em vista o caráter da produção antecipada de provas, findo o processo, os autos são entregues ao requerente, que poderá se utilizar da informação dele constante no momento conveniente.

3.8 RECURSO

A segunda parte do § 4º do artigo 382 disciplina a possibilidade de recurso contra o ato judicial que indefere "a produção da prova pleiteada pelo requerente". Com isso, prevê-se a irrecorribilidade de decisões proferidas na ação autônoma probatória, somente admitindo a apelação contra a sentença que inadmitir totalmente a produção da prova e, com isso, extinguir o processo.

¹⁸¹ THEODORO JUNIOR, 2015.

Cassio Scarpinella alerta para o fato de que, na tramitação legislativa, restou suprimida a hipótese de cabimento de recurso, em face do indeferimento parcial da prova pretendida:

A versão final do novo CPC prevê a recorribilidade apenas no caso de o indeferimento da prova ser total. Os Projetos do Senado (art. 368, § 4º) e da Câmara (art. 389, § 4º), contudo, previam a recorribilidade também nos casos de indeferimento parcial. Trata-se, assim, de mais um caso em que a etapa final dos trabalhos legislativos gerou inconstitucionalidade formal, porque extrapola os limites do apuro da técnica legislativa ou redacional. É o caso de aceitar por isso, recorribilidade em ambas as hipóteses, aplicando-se, à hipótese o inciso XIII do art. 1.015.¹⁸²

Todavia, se o próprio texto legal autoriza a todos os interessados e, não somente ao autor formular pedidos de obtenção de outras provas referente aos mesmos fatos ou correlatos, e se esses requerimentos podem ou não ser acolhidos, deve ser assegurado um mecanismo de impugnação desses eventuais indeferimentos, sob pena de tornar absolutamente inútil a previsão da cumulação e, novamente, desigual à ação autônoma de produção de provas.

Diante do cenário de irrecorribilidade por qualquer espécie recursal, parte da doutrina defende a possibilidade de impetração de mandado de segurança:¹⁸³

O duplo grau de jurisdição não é, em si mesmo, garantia constitucional (v. cap. 23). Pode não ser previsto em lei, desde que isso não implique modelo desarrazoado de processo, ofensivo à garantia do *due process* (CF/1988, art. 5º, LIV). Pareceu ao legislador do CPC/2015 ser esse o caso da medida de antecipação de prova, dada a limitação de seu objeto. Todavia, caberá mandado de segurança contra as decisões que violem direito líquido e certo de qualquer das partes (CF/1988, art. 5º, LXIX; Lei 12.016/2009, art. 5º, II).¹⁸⁴

O mandado de segurança contra ato judicial surge como mecanismo de impugnação à decisão judicial quando a parte prejudicada com determinado pronunciamento não possui qualquer instrumento para atacar os efeitos dela decorrentes.

¹⁸² BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 279.

¹⁸³ “Sobre o tema conferir Daniel Neves Comentários ao Código: O mesmo se diga do cabimento de recurso, sendo 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 a parte não pode recorrer? O juiz admite a produção de prova ilícita e não ha como se impugnar a decisão? 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 principio do contraditório.” (NEVES, 2016, p.678).

¹⁸⁴ WABIER; TALAMINI, 2016, p.187.

Nos termos do art. 5º, II, da Lei 12.016/09, apenas não cabe o mandado de segurança contra ato judicial quando esse for passível de recurso dotado de efeito suspensivo.

O acesso aos meios de impugnação das decisões judiciais é imprescindível à concretização dos princípios de ampla defesa, contraditório e ao acesso à justiça:

A ausência de recurso contra uma determinada decisão sempre é utilizada como referência para determinar não só o cabimento do mandado de segurança, mas também e, de forma especial, justificar sua importância na proteção do direito subjetivo das partes.

A impugnação das decisões judiciais e a obtenção de seu reexame mediante a interposição de recursos é uma garantia constitucional, inserta no art. 5º, LV, da CF/1988, ao garantir a todos a incidência nos processos do princípio da ampla defesa.

[...]

Desta feita, em situações onde a legislação infraconstitucional não garante às partes a recorribilidade da decisão judicial, a utilização do mandado de segurança como ação autônoma de impugnação e sucedâneo recursal é extremamente relevante para, ainda que por vias transversas, garantir a incidência do princípio da ampla defesa.¹⁸⁵

Repita-se que o propósito do legislador na codificação de imprimir celeridade ao acesso à prova não pode se fazer em detrimento de garantias fundamentais processuais dos jurisdicionados que foram uma conquista do Estado de Direito.

Sem perder de vista a simplicidade do procedimento da ação probatória autônoma, cercear por completo as vias de acesso à defesa e ao recurso, relacionados com a produção de prova, que visa esclarecimento de fato relevante não parece ter sido acertada, a potencialidade de produção de uma prova ilícita ou inservível para qualquer fim é maximizada com a falta de mecanismos de influenciar a decisão e impugná-la.

Portanto, entende-se que diante da irrecorribilidade das decisões proferidas no âmbito da ação probatória autônoma o interessado está autorizado diante da demonstração da violação a direito líquido e certo a impetrar o mandado de segurança para levar a apreciação de instância diversa às violações sofridas.

¹⁸⁵ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 7º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. P 286-287

3.9 CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS

O julgamento das pretensões à constituição da prova reclama disposição expressa do órgão judiciário quanto às despesas processuais.

A dificuldade de fixação da responsabilidade no pagamento das despesas processuais reside no fato de que a ação probatória não está subordinada a uma demanda principal, não há valoração da prova e, portanto, ao final do processo não haverá sucumbência e, nesse sentido, a parte que por ventura lograr a comprovação de determinado fato, que lhe seja favorável não poderia com base na valoração pessoal pleitear a devolução das despesas ou custas processuais, pois em verdade, não haverá vencido ou vencedor e o juízo é obstado de exercer juízo de valor sobre a prova.

A prova produzida se impõe para as partes, independentemente, de quem pleiteou a produção (princípio da comunhão da prova) sendo um dado no mundo. De fato, a iniciativa do autor em pleitear a prova não faz dele o único interessado nesta produção, do contrário seria hipótese de justificação, no qual a parte pretende a produção de provas relacionadas ao exclusivo interesse.

Pela aplicação do princípio da causalidade, a parte autora sempre será a responsável pelas despesas processuais e de honorários, o que também não parece se coadunar com os critérios de justiça.

Por isso, a jurisprudência mesmo na vigência do Código pretérito admitia que sendo contestada, sendo apresentada uma objeção à produção de provas e vencida essa objeção não seria justo que se deixasse de arbitrar os honorários, porque houve dispêndio de esforço por uma das partes, sendo assim, diante da resistência à produção antecipada de provas, a parte responde pela verba advocatícia:

PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – SIMILITUDE FÁTICA – INEXISTÊNCIA – CAUTELAR DE PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS – OBJEÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS – ARBITRAMENTO – REEXAME VEDADO PELA SÚMULA 07/STJ.

I – O conhecimento de recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional depende da existência de similitude fática a configurar a alegada divergência de soluções jurídicas.

II - Requerida, em sede cautelar, a produção antecipada de provas e vencida a objeção oferecida, são devidos honorários advocatícios, porque houve dispêndio de esforço por uma das partes.

III – O arbitramento dos honorários advocatícios pelo tribunal a quo foi feito com base em elementos fáticos insusceptíveis de reexame na via especial, tendo em vista o que dispõe a Súmula 07 deste Superior Tribunal de Justiça.

Recurso especial não conhecido.¹⁸⁶

A doutrina majoritariamente atribui ao postulante as despesas processuais e àqueles que consideram o procedimento desprovido de caráter contencioso afirmam que não há que se falar em honorários advocatícios, pois sendo formulado pedido contraposto de produção de provas, cada interessado arcará com os custos de sua produção.

A solução, segundo Yarshel, é repartir entre os interessados as despesas e atribuir a cada parte o ônus pelo pagamento de honorários de seu advogado.¹⁸⁷

Outra possibilidade segundo Fredie Didier consiste no fato de que: “[...] se houver resistência à produção da prova, logrando o autor a produção de prova aquele que opôs resistência a produção deverá arcar com os custos da prova e honorários.”¹⁸⁸

A questão afeta as despesas processuais e de importância prática fundamental, apesar de não existir juízo de valoração tão pouca apreciação do direito substancial não se pode *prima facie*, sem analisar o caso concreto, afirmar que as despesas deverão ser arcadas pela parte que deu azo ao procedimento. A prova poderá interessar a todas as partes, que compõe determinada relação jurídica.

Todavia, abstraindo do processo de produção antecipada de provas, transportando a situação para a possível ação principal, que vise o ressarcimento dos danos sofridos, parece razoável afirmar que diante do desmoronamento do edifício a prova pericial é crucial para o esclarecimento do fato de que depende o julgamento do mérito.

¹⁸⁶ REsp 474.167/RS, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Rel. p/ Acórdão Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/09/2003, DJ 06/10/2003, p. 269

¹⁸⁷ YARSHEL, 2015.

¹⁸⁸ DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p.148,

Não é possível ao juízo, desprovido de conhecimento técnico, julgar com justiça a demanda sem os elementos científicos fornecidos pelo exame pericial. Assim, é de fato do interesse de todos que compõem a relação jurídica a produção da prova pericial e, ainda, na improvável hipótese de não haver requerimento das partes, o juízo seria compelido a determinar a produção.

Nesse sentido, parece ser aplicável ao caso, as circunstâncias análogas ao rateio dos honorários com todos os interessados com base na parte final do artigo 95, que estabelece a possibilidade de rateio “quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes”.

Também, na linha de construção, Bruno Fuga considera possível a condenação da parte vencida, em eventual ação principal, em ser condenadas nos ônus decorrentes da instrução antecipada:

[...] entendemos ser possível o réu ser condenado na ação principal ao pagamento das despesas (CPC/2015, art. 82 e seguintes) advindas da produção antecipada de prova, além das próprias despesas da ação principal. Quanto aos honorários na ação principal, seu arbitramento deverá levar em consideração eventual serviço desenvolvido na ação preparatória(CPC/2015, art. 85, § 2, IV).¹⁸⁹

Verificada a prática de condutas processuais, no decorrer da instrução probatória violadoras do princípio de boa fé é cabível a condenação da parte em multa por litigância de má fé e, ainda, a responsabilização por eventuais danos ocasionados de forma objetiva. Sendo uma ação, cuja natureza é dúplice, os prejuízos podem ser impostos tanto ao autor quando ao réu.

¹⁸⁹ FUGA, 2016, p.49.

4 REFLEXOS DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NOS ESCOPOS DA JURISDIÇÃO

A ação probatória autônoma nos termos concebidos no CPC/2015 pretende servir ao escopo jurídico e social da jurisdição.

O alcance ao escopo jurídico relaciona-se, sobretudo, com a justiça da decisão a ser proferida nos autos da eventual ação principal, que poderá ser ajuizada. Com o esclarecimento dos fatos, a parte interessada poderá ajuizar demanda dotada de elementos probatórios ricos, contribuindo de forma substancial para o esclarecimento dos fatos necessários ao julgamento do mérito, possibilitando a correta aplicação da norma de direito material.

A produção antecipada de provas ainda terá papel relevante na medida em que o esclarecimento do fato será capaz de viabilizar o deferimento de tutela de evidência ou urgência e até mesmo o julgamento antecipado do mérito.

Assim, com a prova produzida pela parte, se necessário o ajuizamento de ação principal terá a prestação da tutela jurisdicional mais rápida, diante do acervo probatório, encorpado pela instrução antecipada, permitindo a solução do litígio em tempo razoável.

Ademais, o direito autônomo à prova viabiliza o atendimento ao dever de esclarecimento, veracidade e contribui para que o interessado se desincumba do ônus probatório.

Além disso, de posse da prova produzida, o interessado terá consciência da viabilidade da ação,¹⁹⁰ razão pela qual, invariavelmente poderá influenciar no

¹⁹⁰ “Por outro lado, se da análise feita pelas partes sobre a prova produzida antecipadamente não evitar o processo judicial, é bem possível que a produção antecipada proporcione ao autor e ao réu melhor desempenho na defesa de seus direitos, uma vez que suas alegações já estarão amparadas nos elementos probatórios colhidos. Sob este prisma, concretiza-se o objetivo jurídico do processo de, por meio do contraditório e da busca da verdade, possibilitar a prolação de uma sentença justa e consentânea com a realidade dos fatos” (ALVIM NETTO, 2011, p. 299).

desestímulo para o ajuizamento de demandas temerárias, nas quais a pretensão da parte é fadada ao insucesso.

De acordo com Cássio Scarpinella, o convencimento do interessado da inviabilidade da propositura de uma demanda judicial por si só já se apresenta como meio adequado de resolução de conflito.¹⁹¹

A produção antecipada possui, então, nítido caráter de prevenção de litígio. Araken de Assis¹⁹² cita hipótese que se amolda, perfeitamente, a essa circunstância, situação em que o incorporador de edifício, surpreso com o estado do prédio vizinho, pretendeu realizar vistoria, a fim de demonstrar que os danos e a fragilidade geral deste último, derivados da falta de conservação e da idade da construção, preexistiriam ao estaqueamento das fundações da própria edificação. Essa prova serviria para subsidiar a contestação contra a eventual pretensão de indenização do lindeiro. Produzida a prova, esgotou-se esta em si mesma, porque o vizinho não intentou qualquer ação.

A pacificação social será alcançada, ainda, com a medida de instrução preliminar ao possibilitar que o esclarecimento dos fatos impulse a decisão pela adoção de métodos alternativos de solução de conflito.

Os meios adequados de solução de controvérsias são aliados da jurisdição, na consecução do escopo social, permitindo a pacificação dos conflitantes, algo muito superior do que a simples resolução do conflito. Nessa linha, sinaliza Dinamarco:

Constitui tendência moderna o abandono do fetichismo da jurisdição, que por muito tempo fecho a mente dos processualistas e os impediu de conhecer e buscar o aperfeiçoamento de outros meios de tutela às pessoas envolvidas em conflitos. Os meios alternativos para a solução destes ocupam lugar de muito destaque na preocupação dos processualistas, dos quais vêm recebendo especial ênfase a conciliação e a arbitragem e, em tempos mais recentes, a mediação. Não visam a dar efetividade ao direito material, ou à atuação da vontade concreta da lei – isto é, não são movidos pelo escopo jurídico que muitas décadas se apontou com mola legitimadora

¹⁹¹ “Também 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” (BUENO, p.277).

¹⁹² ASSIS, 2015.

do exercício da jurisdição do Estado. Mas tanto quando esta, têm o escopo pacificador que é o verdadeiro fator de legitimidade da jurisdição mesma no Estado moderno. Por isso é que, ao se falar do direito substancial como portador dos critérios para a tutela jurisdicional e ao examinar técnicas processuais capazes de efetivá-las em casos concretos, é preciso sempre ressaltar esse meios alternativos.¹⁹³

Por tais razões, com o esclarecimento dos fatos relevantes, o interessado possui mecanismos para buscar a tutela do direito pelos meios adequados para a solução da controvérsia, desde logo se comportando em conformidade com as implicações jurídicas do fato provado na instrução antecipada.

4.1 PROCEDIMENTO SUMÁRIO DE DOCUMENTAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA E AÇÃO MONITÓRIA

Algumas ações previstas no ordenamento jurídico possuem natureza de tutela jurisdicional sumária, o que exige instrução probatória sob a perspectiva limitada. Disso resulta o fato de não serem admitidas alegações de determinadas modalidades de defesa, ou a limitação rigorosa dos meios de prova admitidos.

O mandado de segurança e a ação monitoria possuem tais atributos, visto que se exige prova pré-constituída, por meio da qual se demonstre, diretamente, o fato sem a necessidade de dilação probatória.

Na ação monitoria, a cognição é drasticamente reduzida em comparação ao rito comum.¹⁹⁴

Por isso, o legislador pretendeu ampliar a utilização da ação monitoria, sem, contudo desnaturá-la, assim considerou que a prova oral produzida antecipadamente é documento idôneo para utilização dessa modalidade de ação.

¹⁹³ DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Malheiros, 2010, p.391-392.

¹⁹⁴ Não por outro motivo há precedente do STJ no sentido de que a ação monitoria “tem por objetivo abreviar a formação do título executivo, encurtando a via procedimental do processo de conhecimento” (STJ, REsp 208.870/SP, 4.^a T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 08.06.1999).

Nessa esteira, conforme dicção do § 1º do artigo 700 do CPC¹⁹⁵, a prova oral documentada, produzida antecipadamente na forma de produção antecipada de provas é servível para alcançar a via monitória.

Em que pese a inovação legislativa, a parte deverá sopesar diante das circunstâncias específicas do direito invocado a utilidade da veiculação da instrução antecipada para posterior ajuizamento da ação monitória em relação à ação de cobrança, dotada de fase para instrução probatória.

De igual forma O mandando de segurança é previsto no texto constitucional no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal, sendo previsto para proteger direito líquido e certo de natureza individual ou coletiva contra ato ou omissão de autoridade pública não amparada por *habeas corpus* ou *habeas data*.

As especificidades da tutela oferecida pela via do mandado de segurança exigem a sumaridade da cognição, como ensina a doutrina constitucionalista:

Pela própria definição constitucional, o mandado de segurança tem utilização ampla, abrangente de todo e qualquer direito subjetivo sem proteção específica, desde que se logre caracterizar a liquidez e certeza do direito, materializada na inquestionabilidade de sua existência, na precisa definição de sua extensão e aptidão para ser exercido no momento da impetração.¹⁹⁶

Com efeito, os fatos articulados na petição inicial do mandado de segurança devem ser demonstrados *prima facie*, mediante prova que propicie cognição célere. A noção de direito líquido e certo para efeitos de mandado de segurança se relaciona ao conceito de situação decorrente de fato incontestável e inequívoco, cuja demonstração é possível de ser materializada em prova pré-constituída, nos termos dos precedentes do Supremo Tribunal Federal - STF.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Art. 700. A ação monitória pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ter direito de exigir do devedor capaz:

I - o pagamento de quantia em dinheiro;

II - a entrega de coisa fungível ou infungível ou de bem móvel ou imóvel;

III - o adimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer.

§ 1º A prova escrita pode consistir em prova oral documentada, produzida antecipadamente nos termos do art. 381.

¹⁹⁶ MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.480.

¹⁹⁷ "O PROCESSO MANDAMENTAL NÃO COMPORTA DILAÇÃO PROBATÓRIA. - O processo de

Se a prova estiver na repartição pública ou na posse da autoridade coatora que se negue a fornecê-los, nos próprios autos do mandado de segurança, a parte deverá pleitear a exibição do documento, sendo autorizado o juízo, inclusive, determinar tal providência de ofício, conforme prevê o § 1º do artigo 6º da Lei 12.016/2009.¹⁹⁸

Portanto, salvo na hipótese supramencionada, a instrução probatória em relação ao autor se exaure no momento do protocolo da petição inicial. Com isso, “[...] será de extrema valia ao impetrante essa ação probatória autônoma quando não possuir prova de natureza documental suficiente para provar seu direito líquido e certo”.¹⁹⁹

A ausência de prova pré-constituída no mandado de segurança resulta na impossibilidade de julgamento do mérito, por falta de requisito básico de certeza e liquidez do direito, restando ao autor o ajuizamento de uma ação pelo rito comum com dilação probatória e todo o inter procedimental que, muitas vezes, é inapropriado para a tutela do direito, que necessita de celeridade.

A ação probatória autônoma pode ser utilizada como ponte de acesso a procedimentos sumários. Com isso, pode-se perquirir se a utilização desse procedimento especial não resultaria em maior dispêndio do que a própria ação pelo rito comum, no qual há ampla margem para dilação probatória.

Com apenas um ano de vigência do novo diploma processual ainda é difícil saber com precisão, em que medida a utilização da instrução antecipada representaria um ganho de tempo quando utilizada como preparatória para outro processo. No entanto, ao menos em tese pela natureza da ação, pela pouca margem de

mandado de segurança qualifica-se como processo documental, em cujo âmbito não se admite dilação probatória, pois a liquidez dos fatos, para evidenciar-se de maneira incontestável, exige prova pré-constituída, circunstância essa que afasta a discussão de matéria fática fundada em simples conjecturas ou em meras suposições ou inferências”.(STF MS 23.652/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 16/2/01).

¹⁹⁸ Art. 6º A petição inicial, que deverá preencher os requisitos estabelecidos pela lei processual, será apresentada em 2 (duas) vias com os documentos que instruírem a primeira reproduzidos na segunda e indicará, além da autoridade coatora, a pessoa jurídica que esta integra, à qual se acha vinculada ou da qual exerce atribuições.

§ 1º No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público ou em poder de autoridade que se recuse a fornecê-lo por certidão ou de terceiro, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará, para o cumprimento da ordem, o prazo de 10 (dez) dias. O escrivão extrairá cópias do documento para juntá-las à segunda via da petição.

¹⁹⁹ NEVES, 2008, p 368.

alegações possíveis de serem suscitadas para obstar a produção da prova e pela limitação da via recursal, teoricamente, não parece que a combinação das duas ações seja mais dispendiosa.

A instrução antecipada, portanto, parece ser um caminho de acesso a estas tutelas sumárias, o que corrobora com o princípio fundamental de acesso à justiça.

4.2 PROVA DA EVIDÊNCIA DO DIREITO

Em que pese o escopo precípuo da produção antecipada de provas não ser a mera instrução preliminar para ajuizamento de uma demanda futura, a prova produzida, se for capaz de fornecer elementos de convicção suficientes, poderá propiciar o deferimento da tutela provisória, especialmente, aquela calcada na evidência.²⁰⁰

Outrossim, com base nas provas carreadas aos autos é possível obter, com maior celeridade, a resolução do mérito mediante o julgamento antecipado total ou parcial, uma vez constatado que o fato que depende o julgamento não demanda do esclarecimento por outros meios de prova, consoante art. 355, inciso I do CPC/2015.

Ao bem da verdade existem demandas, nas quais a prova produzida esvazia bastante o conteúdo da pretensão, restando pouco a atividade jurisdicional. Exemplo disso são processos de reconhecimento de paternidade, no qual em que pese não haver consenso entre as partes em relação ao fato, em alguns casos quando produzido o exame pericial, este é capaz de viabilizar tanto a imediata prolação da

²⁰⁰ “A tutela da evidência não se funda no fato da situação geradora do perigo de dano, mas no fato de a pretensão de tutela imediata se apoiar em comprovação suficiente do direito material da parte. Justifica-se pela possibilidade de aferir a liquidez e certeza do direito material, ainda que sem o caráter de definitividade, já que o debate e a instrução processuais ainda não se completaram. No estágio inicial do processo, porém, já se acham reunidos elementos de convicção suficientes para o juízo de mérito em favor de uma das partes.

Mesmo abstraindo do risco de dano material imediato, a tutela da evidência parte do princípio de que a duração do processo não deve redundar em maior prejuízo para quem já demonstrou, satisfatoriamente, melhor direito dentro do conflito material a ser ao final composto pelo provimento definitivo. Essa técnica tutelar não é nova na prestação jurisdicional, pois é, por exemplo, utilizada, de longa data, em procedimentos especiais que prevejam liminares satisfativas como as ações possessórias, o mandado de segurança, a ação monitoria, a ação de busca e apreensão promovida pelo credor com garantia de alienação fiduciária, a ação de depósito, a ação de despejo por falta de pagamento, a ação declaratória de inconstitucionalidade, a ação popular, a ação de improbidade administrativa, entre outras” (THEODORO JUNIOR, 2015).

sentença, quando o reconhecimento voluntário da paternidade com base no exame pericial.

Em conformidade com a necessidade de adequação da tutela jurisdicional prestada às especificidades da relação jurídica deduzida, o acesso imediato à prova, em instrução antecipada dará aos interessados o tratamento adequado e necessário para a solução da controvérsia. De posse da prova, ainda que não ocorra composição do litígio, a tutela jurisdicional ganha contornos de dinamicidade, mediante a obtenção da pretensão em tempo razoável.

4.3 ACORDOS PROCESSUAIS EM PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

O Código de Processo Civil de 2015 incorporou a possibilidade de acordos processuais típicos e atípicos, previu-se a cláusula geral de convencionalidade no artigo 190, autorizando às partes, antes ou durante o processo, estipular mudanças no procedimento, com o objetivo de moldar o inter procedimental às especificidades da causa.

O enunciado nº 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis trata da possibilidade de formulação de negócio jurídico processual em diversas matérias, inclusive para a produção antecipada de prova:

(art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade,acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais,dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória,inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art.334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de disclosure), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogorárias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; *acordo de produção antecipada de prova*; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal. 15-16-17 (Grupo: Negócio

Processual; redação revista no III FPPC- RIO, no V FPPC-Vitória e no VI FPPC-Curitiba) (grifei)²⁰¹.

De acordo com o novo estatuto processual a vontade das partes é tida como relevante, não há sobreposição em relação ao juiz, o objetivo é atingir um ponto de equilíbrio entre a perspectiva pública de processo e o autorregramento das partes.

Os acordos processuais podem ser pré-processuais ou incidentais. A convenção prévia à instauração do processo: “[...] é expressão da liberdade convencional, que engloba a possibilidade de prever cláusulas relativas à solução futura de um litígio ainda em estágio inicial.”²⁰²

Importante frisar a pertinência da previsão, ainda no momento da formulação de contratos e nascimento de relações jurídicas de regras de convenção processual. Nesse momento, os contratantes desprovidos de animosidades podem sopesar com tranquilidade as vantagens de incidência de um procedimento específico caso se torne necessário uma demanda futura.

Percebe-se, portanto, que o acordo processual não pretende solucionar o conflito, mas regulamentar, nos moldes desejados pelas partes, o próprio método de solução.

Dentre as possibilidades de convenções pré-processuais surge a produção antecipada de provas, no sentido de condicionar o ajuizamento da demanda destinada a declaração do direito à prévia instrução, sendo possível ainda, antecipadamente, fixar a definição do responsável pelo pagamento das despesas pertinentes.

Considerando a complexidade fática de alguns litígios, raríssimas são as vezes que a conclusão do laudo pericial não vincule o mérito da decisão, em que pese o juízo não estar adstrito ao laudo.²⁰³

²⁰¹ PORTAL PROCESSUAL, 2015.

²⁰² CABRAL, 2016, p.76.

²⁰³ “É interessante também lembrar o neutral *expert factfinding* do direito norte-americano, instituto elencado entre as formas alternativas de solução do conflito. Por esse sistema, as partes cientes da importância da prova pericial para o destino de suas pretensões, indicam um perito para que se defina a atuação probatória antes mesmo do processo, o que proporcionará a elas uma melhor

Casos como o citado de desmoronamento do Condomínio Edifício Grand Park a prova antecipada é salutar por deixar em evidência o esclarecimento das circunstâncias do desabamento, seja para viabilizar a autocomposição ou para melhor instruir a tutela dos direitos em face dos sujeitos responsáveis.

Em consonância com tais propósitos, de forma exemplificativa, é possível ressaltar a utilidade da produção antecipada em demandas, envolvendo propriedade intelectual, especialmente, aquelas relacionadas com patentes industriais.

Saber antes do ajuizamento de uma demanda se de fato houve a violação ao registro industrial, mediante a produção de prova desenvolvida em juízo e devidamente homologada e apta para valoração, primeiro das partes interessadas e, eventualmente, do juiz em potencial demanda, viabiliza em concreto os anseios de efetividade, de economia processual e de pacificação social.

O que se pretende demonstrar é que pela natureza de determinados direitos, sendo o esclarecimento do fato o principal entrave para a resolução do conflito, convém trazer a prova para antes do processo principal.

A flexibilização do procedimento por convenção das partes, com a adoção do procedimento especial de instrução antecipada como regra para a solução da causa, se harmoniza com o objetivo do Código de oferecer tutela adequada às modalidades de direito.

O processo judicial, especialmente, aquele que tramita pelo rito comum, é bastante dispendioso para ambas as partes, custos com honorários advocatícios, emolumentos, dentre outros. Portanto, se o fator impulsionador para as partes buscarem a solução do conflito for o prévio esclarecimento do fato, salutar que as partes firmem convenções processuais que, pela natureza da controvérsia potencial, condicione o prévio ajuizamento da ação principal à instrução antecipada.

definição do plano fático. O pronunciamento poderá ou não ser vinculado ao juiz de eventual e futura demanda, o que depende dos termos do acordo celebrado entre as partes, mas a prova técnica produzida poderá sempre ser utilizada pelo juiz durante a formação de seu convencimento durante o processo judicial. É um sistema interessante porque realça a importância da prova técnica no tocante as pretensões das partes, de modo a possibilitar sua produção antes mesmo do início do processo, o que certamente funcionará como agente otimizador da realização de acordos” (NEVES, 2008, p.436).

4.4 MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO

A doutrina adverte quanto ao cuidado nas expressões que fazem referência aos métodos de solução de conflito diversos da jurisdição:

Importante esclarecer que o ensaio se vale da expressão *métodos adequados de resolução de conflitos*, em descarte a duas outras formas usualmente utilizadas, que podem causar alguns embaraços, a saber: (a) métodos alternativos de resolução de conflitos e (b) *métodos de solução consensual de conflitos*. o uso da palavra *adequada* na expressão permite, de plano, analisar que há opções entre os diversos meios de *solução dos conflitos*, tendo as partes escolhido justamente a opção mais *adequada*, isto é, a que melhor se amolda à situação concreta. Tal constatação, por si só, já indica que o uso da expressão *métodos alternativos* não é a mais feliz, pois pode conduzir a ideia de que não existe meio mais *adequado* (já que alternativas podem ser opções de mesma eficiência) ou, pior ainda, que a solução preferencial (ou mais comum) é a decisão por terceiro, sendo a autocomposição apenas uma alternativa àquela. Em relação ao descarte da expressão *métodos de solução consensual de conflitos* tal postura se dará apenas quando se voltar para solução outra que não a judicial, mas que reclama heterocomposição. Com efeito, há soluções (trilhas) que são *adequadas* à resolução do conflito, mas que não são *consensuais*, como é o caso clássico da arbitragem. Há, inclusive, no CPC de 2015, alguma confusão no uso das expressões, justificando a postura aqui firmada [...].²⁰⁴

A jurisdição consiste em mecanismo de solução do conflito, no qual um terceiro imparcial, substituindo a vontade dos sujeitos envolvidos no conflito, determina a solução da contenda. A heterocomposição é a solução de um conflito pela atuação de um terceiro dotado de poder para impor, por sentença, a norma aplicável ao caso que é apresentado.

Não obstante, existem outras técnicas de resolução de conflitos, sendo os principais: autotutela; autocomposição, nesta última classe se destacam a conciliação e a mediação²⁰⁵:

²⁰⁴ MAZZEI, Rodrigo Reis. CHAGAS, Bárbara Ceccato Ruis. Justiça Multiportas e Tutela jurisdicional adequada: autocomposição em direitos Breves Comentários sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. In: ZANETI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: Juspodivm, 2016. p 67- 89

²⁰⁵ “Modo renovado de resolução dos conflitos: de perfil consensual, menos impactante, mais célere, desburocratizado, e tendencialmente duradouro, porquanto a composição vem alcançada mediante a participação dos próprios interessados (e não com a exclusão deles), não sendo, pois, imposta coercitivamente” (MANCUSO, 2010, p.75).

Diferente da arbitragem e da jurisdição estatal, na conciliação, o conciliador, embora sugira a solução, não pode impor sua sugestão compulsoriamente, como se permite ao árbitro ou ao juiz togado. De outro lado, tenta que as partes aceitem suas ponderações e alternativas para a resolução do conflito, a qual deve ser por elas adotada espontaneamente.

[...]

Na mediação, de maneira diversa, o mediador, neutro e imparcial, apenas auxilia as partes a solucionar o conflito sem sugerir ou impor a solução ou, mesmo, interferir nos termos do acordo. O resultado útil da conciliação e da mediação é a transação, ou seja, o acordo entre as partes que, igualmente, podem transacionar sem o auxílio de um conciliador ou mediador.²⁰⁶

“A experiência da *Multi-doorCorthouse* foi sugerida em 1976 por Frank Sander, Professor Emérito da *Harvard law School*”.²⁰⁷ A ideia é que o acesso à justiça pode ocorrer por outras vias que não a jurisdição, os meios precisam somente se mostrar adequados para a solução do conflito. A doutrina afirma a necessidade de mudança:

A busca pela tutela dos direitos adequada, tempestiva e efetiva, exige a adequação do acesso à tutela, ocorrendo uma passagem necessária da justiça estatal imperativa, com a aplicação do Direito objetivo como única finalidade do modelo de justiça, para a aplicação da justiça coexistencial, uma *mending justice* (uma justiça capaz de remendar o tecido social), focada na pacificação e na continuidade da convivência das pessoas, na condição de indivíduos, comunidade ou grupos envolvidos.²⁰⁸

No ordenamento jurídico pátrio é bastante tardio o movimento impulsionador dos mecanismos de autocomposição.

O CPC/2015 prevê um conjunto de regras que traduzem uma política pública de incentivo aos métodos consensuais de resolução de conflitos, embora, ainda, pendente de efetivação devido a percalços relativos à própria estrutura do Poder judiciário, no artigo 3º, § 2º do CPC existe expressa previsão do dever do Estado em promover a solução consensual do conflito, quando possível.²⁰⁹

²⁰⁶ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.75.

²⁰⁷ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. Justiça Multiportas e Tutela jurisdicional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: ZANETI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016, p.36.

²⁰⁸ Ibid., p.37.

²⁰⁹ 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.

O Código ainda dispõe sobre a criação, pelos tribunais, de “centros judiciários de solução consensual de conflitos” artigo 165, § 1º,²¹⁰ responsáveis pela realização de sessões em audiências de conciliação e mediação, assim como pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, a orientar e a estimular a autocomposição.

Tais medidas são destinadas, ainda que tardiamente, a combater o excesso de litigiosidade arraigada na sociedade contemporânea. O que importa é dar a solução adequada aos conflitos de interesse.

O discurso básico e recorrente busca atrelar a intensidade do acesso à justiça ao exercício da cidadania, levando uma avaliação calcada numa base meramente quantitativa: o número absurdo de processos judiciais pendentes representaria, da parte do Estado, abundância da oferta de justiça, e, da parte do jurisdicionado, exercício de cidadania na expressiva demanda pelo serviço judiciário estatal. Não é preciso grande esforço mental para aferir o imenso equívoco desse ideário, cuja prática acarretou a alarmante situação atual da justiça brasileira: ao contrário do ali sustentado o crescimento físico do judiciário só faz retroalimentar a demanda, a apar de exacerbar a cultura contenciosa e desestimular as outras formas, auto e heterocompositivas, de resolução de controvérsias. Estas últimas sim representam o vero exercício da cidadania na medida em que os próprios interessados buscam, por si mesmos ou com a interação de um agente facilitador, a preservação ou a resolução justa do conflito.²¹¹

Tanto a jurisdição quanto a mediação e conciliação são concebidos como processos instrumentais a serviço da pacificação social.²¹²

A jurisdição é uma técnica de solução de conflitos, e não uma técnica de pacificação dos conflitantes, demandas nos quais o convívio dos litigantes ainda tenha que subsistir após a resolução requer técnicas que harmonize a situação como um todo.

²¹⁰ 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.

²¹¹ MANCUSO, 2010, p.66-67.

²¹² “Não é porque o poder judiciário esta sobrecarregado de serviço que tentaremos descobrir formas de aliviar a carga. Tenho um grande receio de que a mediação venha ser utilizada com esse enfoque e não com o maior, que seria dar tratamento adequado aos conflitos que ocorrem na sociedade; não pode pensar nela como uma forma de aliviar a sobrecarga a que o judiciário está sendo submetido hoje, porque daremos à mediação o mesmo encaminhamento que estamos dando aos juizados especiais. Quando se trata de solução adequada dos conflitos de interesses, insisto em que o preceito constitucional que assegura o acesso à Justiça traz implicitamente o princípio d a adequação; não se assegura apenas o acesso à Justiça, mas se assegura o acesso para obter uma solução adequada aos conflitos, solução tempestiva, que esteja bem adequada ao tipo de conflito que está sendo levado ao Judiciário” (WATANABE, 2001, p. 45-46).

A opção pelos meios alternativos se dá num contexto em que as partes pretendam a solução do litígio não por razões altruístas, mas com o escopo de otimização dos ganhos individuais, porque a mediação, conciliação entre outros é de fato o melhor meio para solucionar a controvérsia.²¹³

A elucidação da matéria fática por meio da instrução antecipada será mais um mecanismo destinado a fomentar a adoção de métodos de resolução consensual do conflito, pois muitas vezes a controvérsia instalada somente será resolvida após o esclarecimento do fato:

Dessa forma, uma ação probatória autônoma poderia mostrar às partes e ao próprio juiz – ou a qualquer outro terceiro que fique incumbido de conduzir a conciliação ou a mediação - um quadro mais próximo ao da realidade e determinar, de maneira mais clara, quais são efetivamente, os direitos de cada parte. Apesar de não haver ainda qualquer decisão a respeito do conflito, parece ser inegável que, quanto maior subsídios fáticos existirem no momento da conciliação, maior será a chance de obtê-la.²¹⁴

A indefinição fática a respeito do conflito consiste em entrave para a opção pela resolução do conflito por meios autocompositivos. Em muitas circunstâncias, as partes não conhecem de forma suficiente os fatos dos quais depende a resolução da controvérsia, o que somente poderá ser obtido no curso da ação judicial, na fase de conhecimento. “[...] A incerteza fática é, certamente, um obstáculo para que se obtenha a conciliação, porque as partes dificilmente aceitarão abrir mão de algum direito que imaginam ter sem uma definição, mínima que seja da situação fática.”²¹⁵

Com efeito, assim como o mérito da causa em determinadas demandas depende do esclarecimento do fato, sob pena de não alcançar a justiça da decisão. A obtenção da pacificação social por métodos adequados, em algumas circunstâncias, também em face da natureza da controvérsia, intimamente ligada com a matéria fática, necessita de prévio esclarecimento do fato, por meio da produção de provas para que as partes consigam convergir para a solução do litígio.

²¹³ “[...]pode-se afirmar que nas dinâmicas conflituosas de relações continuadas (ou a mera percepção de que determinada pessoa encontra-se em uma relação continuada) as partes têm a ganhar com soluções cooperativas. Merece destaque também que, por um prisma puramente racional, as partes tendem a cooperar não por razões altruístas, mas visando a otimização de seus ganhos individuais” (BRASIL, 2016, p. 69).

²¹⁴ NEVES, 2008, p.435.

²¹⁵ Ibid.

Nesse contexto, o papel da prova é criar um ambiente propício para a conciliação. Diante do esclarecimento dos fatos a parte que seria vencida no processo destinado a declaração do direito sopesará os riscos de uma futura demanda o que, certamente, é capaz de encorajar os métodos adequados de solução de conflitos.

Não é a dúvida sobre o possível resultado do provimento jurisdicional que contribui para a composição do conflito, mas justamente o contrário, por meio do conhecimento mútuo das provas e possíveis alegações os interessados tem a oportunidade de montar a melhor estratégia acerca da pretensão ou resistência. Com o esclarecimento do fato a medida de composição passa a ser encarada não como algo que lhe trará prejuízos em relação ao provimento jurisdicional que lhe seria mais benéfico, mas como medida que resolve e pacifica a controvérsia de forma adequada e em tempo razoável.

5 CONCLUSÃO

Ao longo de cada capítulo, se procurou extrair conclusões doutrinárias e implicações práticas do estudo do direito autônomo à prova.

Com o novo diploma processual civil, o legislador reconhece a existência de direito autônomo à prova, ou seja, o direito da parte a sua produção sem finalidade de utilização dos dados colhidos e preservados em futura demanda, ao contrário, com o objetivo ou de providenciar autocomposição ou, ainda, apenas para o fim preventivo de avaliar a conveniência ou não de futura demanda.

Diante do que foi exposto e analisado até o presente momento assenta-se que sendo o devido processo legal uma cláusula geral, cujo conteúdo se transmuta ao longo do tempo atendendo os anseios da sociedade, em dado momento histórico, atualmente, o processo devido é o eficiente, que atenda aos ditames de efetividade, de contraditório útil, de dinamicidade e de qualidade da tutela jurisdicional.

O procedimento rígido obsoleto, portanto dá espaço para uma cláusula geral que outorga às partes, sob os olhares atentos do juiz, a possibilidade de estabelecerem as próprias normas procedimentais. A sociedade evolui em um ritmo acelerado e neste sentido, o legislador não possui condições de acompanhar, assim, os direitos e as tutelas que devem ser resguardados merecem um procedimento apropriado, que seja capaz de imprimir o grau de efetividade esperado.

As partes possuem papel de destaque nesse novo paradigma, a autonomia é valorizada, assegurando isonomia entre os partícipes da relação processual em contraposição ao protagonismo do juiz vivenciado sob a égide de outras codificações. O Novo Código ao estabelecer a ação probatória autônoma reconhece que a prova, em determinados momentos, se destina também ao convencimento e valoração das partes. O juiz, definitivamente, não é o único destinatário da prova.

A instrução antecipada se destina ao convencimento das partes, o esclarecimento do fato poderá conduzir a métodos de resolução consensual de conflito e desestimular o ajuizamento de ações temerárias.

Portanto, é uma medida que se coaduna com a política de incentivo aos métodos autocompositivos, somando-se as tentativas de redução da litigiosidade.

A ação probatória autônoma é uma medida de flexibilização procedimental, o procedimento estabelecido flexibiliza a fase de conhecimento do procedimento comum, com isso, o momento da prova é trazido para antes do processo de conhecimento.

O procedimento de instrução antecipada é bastante simples, uma vez que não há valoração da prova nem pronunciamento sobre o direito material não há, de fato, motivos para delongas.

Todavia, o procedimento parece ter sido forjado na concepção do processo de justificação de jurisdição voluntária, destinado a interesse próprio incapaz de atingir a esfera jurídica de outrem.

Ocorre que a ação probatória autônoma é de jurisdição contenciosa, o exercício do direito à prova pode ofender princípios basilares da sociedade contemporânea, como intimidade, privacidade, sigilo.

O procedimento legal da ação probatória autônoma retira da parte demandada o direito de apresentação de defesa e de interposição de recurso. Limitações que ofendem o princípio do contraditório e da ampla defesa, isonomia entre os litigantes.

Nesse sentido, sob pena de macular o instituto de inconstitucionalidade, a norma precisa ser interpretada para oferecer aos partícipes paridade de armas, possibilitando o oferecimento de defesa limitada aos aspectos processuais e de admissibilidade da prova pretendida, não sendo autorizado suscitar questões do direito material, que de fato não são submetidas ao órgão jurisdicional nesse momento.

Diante de tal contexto, salutar que a ação probatória autônoma não seja transmutada em razão da ausência de adequado contraditório em fruto de invalidades. A resposta do requerido no procedimento de antecipação de provas ainda que sobre aspectos estritamente processuais ligados com a admissibilidade

do procedimento e da prova pleiteada deve ser autorizada, sob pena de inconstitucionalidade da norma.

Nessa linha, diante da violação a algum direito da parte interessada na produção da prova tendo em vista a ausência de previsão legal do cabimento de recurso contra o indeferimento de provas pleiteadas pelo réu ou o deferimento parcial das provas requeridas por ambas as partes o mandado de segurança será o instrumento passível de ser utilizado como mecanismo de impugnação da decisão judicial.

A finalidade da colheita antecipada da prova, sem urgência de fornecer substrato para que diante do esclarecimento da questão controversa as partes alcancem a solução da causa por métodos autocompositivos atende ao escopo social da jurisdição de pacificação social. Ademais, mesmo quando não haja acordo, a prova servirá para o convencimento do juízo na ação de conhecimento, que for proposta, o que propicia concluir que de uma maneira ou de outra o exercício do direito à prova não será um dispêndio vazio de utilidade.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de direito processo civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALEXY, Robert. **Teoría de la argumentación jurídica**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Úrsula Ribeiro de. Produção antecipada da prova sem urgência no Direito Ambiental: risco de dano ao meio ambiente. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v.3, 2013.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e tutela jurisdicional. **Revista Processo e Constituição**. Porto Alegre, Faculdade de Direito da UFRGS, n. 2, 2005.

ALVES, André Bruni Vieira. Direito probatório: da admissibilidade da produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas no novo CPC). In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Felix; FERREIRA, William Santos (coords.). **Direito probatório**. Salvador: Juspodivm, 2015.

ALVIM NETTO, José. Manoel Arruda. Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 191, jan. 2011.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**, volume II (livro eletrônico): parte geral: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. **Revista Eletrônica do Direito do Estado**. n. 4, Salvador, 2005.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. **Código de Processo Civil** : anteprojeto. Brasília : Senado Federal, Presidência, 2010.

_____. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 6. ed. Brasília: CNJ, 2016.

_____. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 fev. 1973.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 24 Jul. 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 24 Jul. 2017.

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

BUIKA, Heloisa Leonor. **Prova emprestada**, Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, n. 127, 2013.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

CALDAS, Adriano Ribeiro; JOBIM, Marco Felix. A produção antecipada de prova e o novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Felix; FERREIRA, William Santos (coords.). **Direito probatório**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 449-464. (Coleção Grandes Temas do novo CPC: V. 5).

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, p.35.

CARPES, Artur Thompsen. **Ônus dinâmico da prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COMOGLIO, Luigi Paolo. **Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali**. Studi in onore di Luigi Montesano. Padova: Cedam, 1997.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro. **Revista de processo**, São Paulo, Ano 39. v. 233, julho de 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Ações probatórias autônomas: produção antecipada de prova e justificação. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 218, p. 13-45, abr. 2013.

DIDIER Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. Salvador: Juspodivm, 2015.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. Justiça Multiportas e Tutela jurisdicional adequada: autocomposição em direitos coletivos. In: ZANETI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. **Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela jurisdicional. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 21, n. 81, p. 68-70, jan./mar. 1996.

_____. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Malheiros, 2010.

FERREIRA, William Santos. **Princípios fundamentais da prova cível**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FOLLE, Francis Perondi. A prova sem urgência no direito norte-americano: um exame do instituto da *Discovery*. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 37, n. 204, p. 131-152, fev. 2012.

FREITAS, José Lebre de. **Código de processo civil anotado**. Vol. II. Coimbra: Coimbra, 2001.

FUGA, Bruno Augusto Sampaio. **A prova no processo civil**: principais inovações e aspectos contraditórios. São Paulo: Boreal Editora, 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. 2007. 285 fl. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide de (coords.). **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Princípios processuais fora do processo. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 147, p. 307-330, 2007.

GUERRA, Marcelo Lima. Premissas para a construção de um léxico constitucional e epistemologicamente adequado em matéria probatória. In: **XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Ceara: Anais eletrônicos, 2015. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/4060.pdf>>. Acesso em: 24 Jul. 2017.

HENRIQUES, Catarina Gordiano Paes. **As práticas judiciais de produção de provas testemunhais: o interrogatório como ritual de interação e as distorções da memória no processo penal**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2016.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 7^o ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

LAUX, Francisco de Mesquita; RODRIGUES, Daniel Colnago. Direito probatório: da admissibilidade da produção antecipada de provas sem o requisito da urgência (ações probatórias autônomas no novo CPC). In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Felix; FERREIRA, William Santos (coords.). **Direito probatório**. Salvador: Juspodivm, 2015.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.

LANES, Júlio Cesar Goulart; POZZATTI, Fabricio Costa. O juiz como o único destinatário da prova(?) In: DIDIER JR., Fredie; JOBIM, Marco Felix; FERREIRA, William Santos (coords.). **Direito probatório**. Salvador: Juspodivm, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. Interesse Público, ano 12, n.º 60. Belo Horizonte: Fórum, 2010..

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Processo cautelar**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2000.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Breve história (ou?estória?) do direito processual civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo civil de 1973. In: DIDIER Jr. Fredie. (coord. geral); MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. (Org.) **Novo CPC doutrina selecionada**, V. 1: parte geral. 2º ed. Salvador: Juspodvm, 2016.

MAZZEI, Rodrigo Reis. CHAGAS, Bárbara Ceccato Ruis. Justiça Multiportas e Tutela jurisdicional adequada: autocomposição em direitos Breves Comentarios sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. In: ZANETI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: Juspodivm, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2015.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Processo Civil e Direito a preservação da intimidade. **Temas de direito processual**: Segunda Serie. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. **Temas de direito processual civil**: segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988.

MOREIRA, Barbosa. **Alguns problemas atuais da prova civil**. Temas de direito processual. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

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

_____. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016.

NUNES, Dierle. **Processo jurisdicional democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVA SANTOS, Andrés de la; DÍEZ-PICASO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime. **Derecho procesal. Introducción**. 2. ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2002.

PEREIRA, Lais Zumach Lemos. **Uma proposta de redefinição científica do conceito de “prova emprestada”**. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017.

PORTAL PROCESSUAL. **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis**. Vitória: 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 24 Jul. 2017.

PORTUGAL. **Lei n.º 41/2013, de 26 de junho de 2013**. Código de Processo Civil. 2013. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_assunto_diploma.php?buscajur=coopera%E7%E3o&artigo_id=&pagina=1&ficha=1&nid=1959&tabela=leis&diplomas=&artigos=&o_miolo=>>. Acesso em: 24 Jul. 2017.

REALE, Miguel. **Verdade e conjectura**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.

REALE JUNIOR, Miguel. Valores Fundamentais da Reforma do Judiciário. **Revista do Advogado**. Associação dos Advogados de São Paulo, v. 24, n. 75, p. 78–82, abr., 2004.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova judiciária no cível e comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

_____. **Primeiras Linhas de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1998.

TALAMINI, Eduardo. A prova emprestada no processo civil e penal. **Revista de processo**. São Paulo: RT, 1998, p. 146. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/426/r140-15.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 24 Jul. 2015.

TARUFFO, Michele. **El proceso civil adversarial en la experiencia americana: el modelo americano del proceso de connotación dispositiva**. Bogotá: Temis, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. (livro eletrônico) 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TESHEINER, José Maria. **Medidas cautelares**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

WABIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Perfil, 2005.

_____. **Modalidades de mediação**. Série Cadernos do CEJ, n. 22, Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2001, p. 45-46.

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

_____. Comentários aos arts. 381 a 383 do Novo CPC. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. **Breves comentários ao novo código de processo civil**. (livro eletrônico) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.